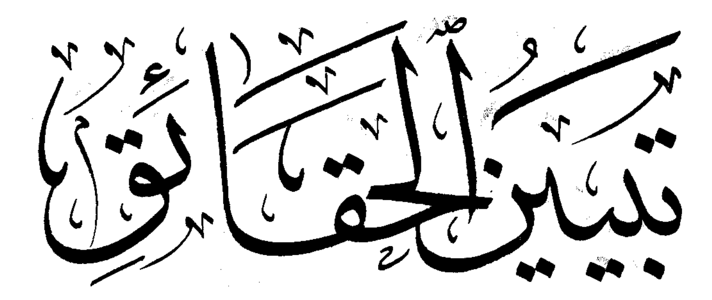


تبيين الحقائق

للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي المتوفى سنة ٧٤٣هـ

شرح

كنز الدقائق

للإمام أبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد النسفي المتوفى سنة ٧١٠هـ

ومعه

حاشية الإمام العلامة الشيخ الشلبي على هذا الشرح

تحقيق

الشيخ أحمد عزو عناية

تنبيه:

وضعنا متن "تبيين الحقائق" في أعلى الصفحات، ووضعنا أسفل منه حاشية الشيخ الشلبي مفصولاً بينهما بخط.

الجزء الخامس

يحتوي على الكتب التالية:

الكفالة - الحوالة - القضاء - كتاب القاضي الى القاضي وغيره - الشهادة والرجوع عن الشهادة الوكالة - الدعوى - الاقرار - الصلح - المضاربة

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

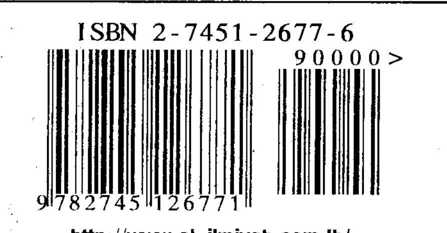
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤١ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق البريد : ١١ - ٩٤٢٤ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2677-6



http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الكفالة

هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وتصح بالنفس وإن تعددت بكفلت بنفسه وبما عبر عن البدن وبجزء شائع وبضمنته وبعليّ وإليَّ وأنا زعيم به وقبيل به لا بأنا ضامن لمعرفته، فإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم وإن غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه فإن مضت ولم يحضره حبسه وإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به فإن سلمه بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر برئ ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثمة وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب وبرئ بدفعه إليه وإن لم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله، فإن قال: إن لم أواف به غداً فهو ضامن لما عليه فلم يواف به أو مات المطلوب ضمن المال ومن ادَّعى على آخر مائة دينار فقال رجل: إن لم أواف به غداً فعليه المائة فلم يواف به غداً فعليه المائة ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل، وبالمال ولو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً بكفلت عنه بألف وبما لك عليه وبما يدركك في هذا البيع وما بايعت فلاناً فعليّ، وما ذاب لك عليه فعليّ وما غصبك فلان فعليَّ، وطالب الكفيل أو المديون إلا إذا شرط البراءة فحينئذٍ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كإن استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء كإن قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذره كإن غاب عن المصر، ولا يصح بنحو إن هبت الريح وإن جعلا آجلاً فتصح الكفالة ويجب المال حالاً، فإن كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه وإلا صدق الكفيل فيما أقرّ بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل فإن كفل بأمره رجع بما أدّى عليه، وإن كفل بغير أمره لم يرجع ولا يطالب الأصيل بالمال قبل أن يؤدي عنه، فإن لوزم لازمه وبرئ بأداء الأصيل ولو أبرأ الأصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه ولا ينعكس، ولو صالح أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئا، وإن قال الطالب للكفيل برئت إليّ من المال رجع على المطلوب وفي برئت أو أبرأتك لا، وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط والكفالة بحد وقود ومبيع ومرهون وأمانة، وصح لو ثمناً ومغصوباً ومقبوضاً على سوم الشراء ومبيعاً فاسداً وحمل دابة

معينة مستأجرة وخدمة عبد استؤجر للخدمة، وبلا قبول الطالب في مجلس العقد إلا إن تكفل وارث المريض عنه وعن ميت مفلس وبالثمن للموكل ولرب المال وللشريك إذا بيع عبد صفقة وبالعهدة والخلاص ومال الكتابة.

فصل

ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي الكفيل الطالب لا يسترد منه وما ربح الكفيل له وندب رده على المطلوب لو شيئاً يتعين ولو أمر كفيله أن يتعين عليه حريراً ففعل فالشراء للكفيل والربح عليه ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفاً لم يقبل ولو برهن أن له على ريد كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره قضى به عليهما، ولو بلا أمر قضى على الكفيل فقط وكفالته بالدرك تسليم وشهادته وختمه لا ومن ضمن عن آخر خراجه أو رهن به أو ضمن نوائبه وقسمته صح ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر فقال: هي حالَّة فالقول للضامن، ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع.

باب كفالة الرجلين والعبدين

دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه فإن زاد على النصف رجع بالزيادة وإن كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدَّى رجع بنصفه على شريكه أو بالكل على الأصيل وإن أبرأ الطالب أحدهما أخذ الآخر بكله ولو افترق المفاوضان أخذ الغريم أياً شاء بكل الدين ولا يرجع حتى يؤدي أكثر من النصف وإن كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه وأدَّى أحدهما رجع بنصفه ولو حرر أحدهما أخذ أياً شاء بحصة من لم يعتقه فإن أخذ المعتق رجع على صاحبه وإن أخذ الآخر لا ومن ضمن عن عبد ما لا يؤخذ به بعد عتقه فهو حال وإن لم يسمه ولو ادَّعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي أنه له ضمن قيمته، ولو ادَّعى على عبد مالاً وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل ولو كفل عبد عن سيده بأمره فعتق فأداه أو كفل سيده عنه وأدَّاه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر.

كتاب الحوالة

هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة وتصح في الدين لا في العين برضا المحتال والمحال

عليه وبرئ المحيل بالقبول من الدين ولم يرجع المحتال على المحيل إلا بالتوى وهو أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه أو يموت مفلساً فإن طلب المحتال عليه المحيل بما أحال فقال المحيل: أحلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل الدين، وإن قال المحيل للمحتال: أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال: أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل ولو أحال بماله عند زيد وديعة صحت فإن هلكت برئ وكره السفاتج.

كتاب القضاء

أهله أهل الشهادة والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة إلا أنه لا ينبغي أن يقلد ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة لا ينعزل ويستحق العزل، وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً، والفاسق يصلح مفتياً وقيل: لا، ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظاً غليظاً جباراً عنيداً، وينبغي أن يكون موثوقاً به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه، والاجتهاد شرط الأولوية، والمفتي ينبغي أن يكون هكذا وكره التقلد لمن خاف الحيف وإن أمنه لا، ولا يسأل القضاء ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ومن أهل البغي، فإن تقلد يسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرهما، ونظر في حال المحبوسين فمن أقر بحق أو قامت عليه البينة ألزمه، وإلا نادى عليه وعمل في الودائع وغلات الوقف ببينة أو إقرار ولم يعمل بقول المعزول إلا أن يقر ذو اليد أنه سلمها إليه فيقبل قوله فيهما ويقضي في المسجد أو في داره ويردّ هدية إلا من قريبه أو ممن جرت عادته بذلك ودعوة خاصة، ويشهد الجنازة ويعود المريض ويسوي بينهما جلوساً وإقبالاً وليتق عن مسارّة أحدهما وإشارته وتلقين حجته وضيافته والمزاح وتلقين الشاهد.

فصل في الحبس

وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه فإن أبى حبسه في الثمن، والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة، لا في غيره إن ادّعى الفقر إلا أن يثبت غريمه غناه فيحبسه بما رأى ثم يسأل عنه فإن لم يظهر له مال خلاه ولم يحل بينه وبين غرمائه وردّ البينة على إفلاسه قبل حبسه وبينة اليسار أحق وأبد حبس الموسر ويحبس الرجل بنفقة زوجته لا في دين ولده إلا إذا أبى من الإنفاق عليه.

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

ويكتب القاضي إلى القاضي في غير حد وقود فإن شهدوا على خصم حاضر حكم

بالشهادة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً وإلا لم يحكم وكتب الشهادة ليحكم المكتوب إليه بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة، وقرأ عليهم وختم عندهم وسلمه إليهم فإن وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه ولم يقبله بلا خصم ولا شهود فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلَّمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله وموت المكتوب إليه إلا إذا كتب بعد اسمه وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لا بموت الخصم وتقضي المرأة في غير حدّ وقود ولا يستخلف قاض إلا أن يفوّض إليه ذلك بخلاف المأمور بالجمعة وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه إن لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والإجماع وينفذ القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ظاهراً وباطناً لا في الأملاك المرسلة ولا يقضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي أو يكون ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعي على الحاضر كمن ادَّعى عيناً في يد غيره أنه اشتراه من فلان الغائب ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصي والأب.

باب التحكيم

حكّما رجلاً ليحكم بينهما فحكم ببينة أو إقرار أو نكول في غير حد وقود ودية على العاقلة صح لو صلح الحكم قاضياً ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل حكمه فإن حكم لزمهما وأمضى القاضي حكمه إن وافق مذهبه وإلا أبطله وبطل حكمه لأبويه وولده وزوجته كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم.

باب مسائل شتى

لا يتد ذو سفل فيه ولا ينقب كوة بلا رضا ذي العلو زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح فيها أهل الأولى باباً بخلاف المستديرة ادَّعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت فسُئل البينة فقال: جحدنيها فاشتريتها وبرهن على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل، وبعده يقبل ومن قال لآخر: اشتريت مني هذه الأمة فأنكر فللبائع أن يطأها إن ترك الخصومة، ومن أقر بقبض عشرة ثم ادَّعى أنها زيوف صدق ومن قال: لآخر لك عليّ ألف درهم فرده ثم صدقه فلا شيء عليه ومن ادَّعى على آخر مالاً فقال: ما كان لك عليّ شيء قط فبرهن المدعي على ألف وهو برهن على القضاء أو الإبراء قبل ولو زاد ولا أعرفك لا، ومن ادعى على آخر أنه باعه أمته فقال: لم أبعها منك قط فبرهن على الشراء فوجد بها عيباً فبرهن البائع أنه بريئ إليه من كل عيب لم تقبل ويبطل الصك بإن شاء الله، وإن مات ذمي فقالت زوجته: أسلمت بعد موته وقالت الورثة: أسلمت قبل موته

فالقول لهم وإن قال المودع: هذا ابن مودعي لا وارث له غيره دفع المال إليه وإن قال لآخر: هذا ابنه أيضاً وكذبه الأول قضى للأول. ميراث قسم بين الغرماء لا يكفل منهم ولا من وارث ولو ادَّعى داراً إرثاً لنفسه ولأخ له غائب وبرهن عليه أخذ نصف المدَّعى فقط، وَمَن قال: مالي أو ما أملك في المساكين صدقة فهو على مال الزكاة، ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء، ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف الوكيل، ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه، ولا يثبت عزله إلا بعدل أو مستورين كالإخبار للسيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر، ولو باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء، وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن ورجع المشتري على الغرماء، وإن أمر القاضي الوصي ببيعه فاستحق، أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي وهو على الغرماء، ولو قال قاضٍ عدل عالم قضيت على هذا بالرجم أو بالقطع أو بالضرب فافعله وسعك فعله، وإن قال قاضٍ عزل لرجل: أخذت منك ألفاً ودفعته إلى زيد قضيت به عليك فقال الرجل: أخذته ظلماً فالقول للقاضي.

كتاب الشهادة

هي إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان وتلزم بطلب المدعي وسترها في الحدود أحب، ويقول في السرقة: أخذ لا سرق، وشرط للزنا أربعة رجال، ولبقية الحدود والقصاص رجلان، وللولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه رجل امرأة، ولغيرها رجلان أو رجل وامرأتان، وللكل لفظة الشهادة والعدالة، ويسأل عن الشهود سراً وعلانية في سائر الحقوق، وتعديل الخصم لا يصح، والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجمة، وله أن يشهد بما سمع أو رأى في مثل البيع والإقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن لم يشهد عليه ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه ولا يعمل شاهد وقاض وراوٍ بالخط إن لم يتذكروا، ولا يشهد بما لم يعاينه إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به، ومن في يده شيء سوى الرقيق لك أن تشهد أنه له، وإن فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا تقبل، وإن شهد أنه حضر دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبل.

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

ولا تقبل شهادة الأعمى والمملوك والصبي إلا أن يتحمَّلا في الرق والصغر وأدّيا بعد الحرية والبلوغ، والمحدود في قذف وإن تاب إلا أن يحد الكافر في قذف ثم أسلم، والولد

لأبويه وجدَّيه وعكسه وأحد الزوجين للآخر والسيد لعبده ومكاتبه، والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما، والمخنث، والنائحة والمغنية، والعدو إن كانت عداوته دنيوية، ومدمن الشرب على اللهو، ومن يلعب بالطنبور أو يغني للناس أو يرتكب ما يوجب الحد أو يدخل الحمام بغير إزار أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج أو تفوته الصلاة بسببهما، أو يبول أو يأكل على الطريق أو يظهر سب السلف، وتقبل لأخيه وعمه وأبويه رضاعاً وأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه، وأهل الأهواء إلا الخطابية، والذمي على مثله، والحربي على مثله لا على الذمي، ومن ألمّ بصغيرة إن اجتنب الكبائر، والأقلف، والخصي وولد الزنا والخنثى، والعمال، والمعتق للمعتق، ولو شهدا أن أباهما أوصى إليه والوصي يدعي جاز وإن أنكر لا كما لو شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه وادَّعى الوكيل أو أنكر، ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح، ومن شهد ولم يبرح حتى قال: أوهمت بعض شهادتي تقبل لو عدلا.

باب الاختلاف في الشهادة

الشهادة إن وافقت الدعوى قبلت وإلا لا، ادَّعى داراً إرثاً أو شراء فشهدا بملك مطلق لغت، وبعكسه لا، ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظاً ومعنًى، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل، وإن شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ذلك قبلت على الألف، ولو شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة تقبل بألف ولم يسمع أنه قضاه إلا أن يشهد معه آخر، وينبغي أن لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض، ولو شهدا بقرض ألف وشهد أحدهما أنه قضاه جازت الشهادة على القرض، ولو شهدا أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة، وآخران أنه قتله يوم النحر بمصر ردّتا، فإن قضى بإحداهما أولاً بطلت الأخرى، ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والأنوثة والغصب، ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة بطلت الشهادة وكذا الكتابة والخلع، فأما النكاح فيصح بألف، وملك المورث لم يقض لوارثه بلا جرّ إلا أن يشهدا بملكه أو يده أو يد مستعيره وقت الموت، ولو شهدا بيد حي منذ شهر ردّت، ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعي دفع إلى المدعي.

باب الشهادة على الشهادة

تقبل فيما لا يسقط بالشبهة إن شهد رجلان على شهادة شاهدين، ولا تقبل شهادة واحد، والإشهاد أن يقول: اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلاناً أقر عندي بكذا، وأداء

الفرع أن يقول: أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا، أو قال: لي اشهد على شهادتي بذلك، ولا شهادة للفرع إلا بموت أصله أو مرضه أو سفره، فإن عدّلهم الفروع صح، وإلا عدلوا، وتبطل شهادة الفرع بإنكار الأصل الشهادة، ولو شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف، وقالا: أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة فقالا: لا ندري أهي هذه أم لا قيل للمدعي: هات شاهدين أنها فلانة، وكذا كتاب القاضي إلى القاضي، ولو قالا فيهما: التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها، ومن أقر أنه شهد زوراً يشهر ولا يعزر.

كتاب الرجوع عن الشهادة

ولا يصح الرجوع إلا عند القاضي، فإن رجعا قبل حكمه لم يقض بها، وبعده لم ينقض، وضمنا ما أتلفاه للمشهود عليه إذا قبض المدعي المال ديناً كان أو عيناً، فإن رجع أحدهما ضمن النصف والعبرة لمن بقي لا لمن رجع، فإن شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن، وإن رجع آخر ضمنا النصف، وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت الربع، وإن رجعتا ضمنتا النصف، وإن شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان لم يضمن، فإن رجعت أخرى ضمنَّ ربعه، وإن رجعوا فالغرم بالأسداس، وإن شهد رجلان عليه أو عليها بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا، وإن زادا عليه ضمناها، ولم يضمنا في البيع إلا ما نقص، وفي الطلاق قبل الوطء ضمنا نصف المهر، ولم يضمنا لو بعد الوطء، وفي العتق ضمنا القيمة، وفي القصاص الدية ولم يقتصا، وإن رجع شهود الفرع ضمنوا، لا شهود الأصل بلم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا، ولو رجع الأصول والفروع ضمن الفروع فقط، ولا يلتفت إلى قول الفروع كذب الأصول أو غلطوا، وضمن المزكون بالرجوع وشهود اليمين، لا شهود الإحصان والشرط.

كتاب الوكالة

صح التوكيل وهو إقامة الغير مقام نفسه في التصرف ممن يملكه إذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبياً أو عبداً محجوراً بكل ما يعقده بنفسه، وبالخصومة في الحقوق برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مدة السفر أو مريداً للسفر أو مخدرة، وبإيفائها واستيفائها إلا في حدٍّ أو قود، والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة والصلح عن إقرار تتعلق بالوكيل إن لم يكن محجوراً كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب، والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه، وفيما يضيفه إلى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد أو

عن إنكار تتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ولا وكيلها بتسليمها، وللمشتري منع الموكل عن الثمن، وإن دفع إليه صح ولا يطالبه الوكيل ثانياً.

باب الوكالة بالبيع والشراء

أمره بشراء ثوب هروي أو فرس أو بغل صح سمى ثمناً أو لا، وبشراء عبد أو دار جاز إن سمى ثمناً وإلا لا، وبشراء ثوب أو دابة لا وإن سمى ثمناً، وبشراء طعام يقع على البر ودقيقه، وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده، ولو سلمه إلى الآمر لا يرده إلا بأمره، وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله، فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن، وإن هلك بعد حبسه فهو كالمبيع، وتعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل، ولو وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم، ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه، فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمى له من الثمن وقع للوكيل، وإن كان بغير عينه فالشراء للوكيل إلا أن ينوي للموكل أو يشتريه بماله، وإن قال: اشتريت للآمر وقال الآمر لنفسك فالقول للآمر وإن كان دفع إليه الثمن فللمأمور، وإن قال: بعني هذا لفلان فباعه ثم أنكر الآمر أخذه فلان، إلا أن يقول: لم آمره به، إلا أن يسلمه المشتري إليه، وإن أمره بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمناً فاشترى له أحدهما صح، وبشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح وبالأكثر لا إلا أن يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة، وبشراء هذا بدين له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المأمور، وبشراء أمة بألف دفع إليه فاشترى فقال: اشتريت بخمسمائة وقال المأمور: بألف فالقول للمأمور، وإن لم يدفع فللآمر، وبشراء هذا ولم يسم ثمناً فقال المأمور: اشتريته بألف وصدّقه البائع وقال الآمر: بنصفه تحالفا، وبشراء نفس الآمر من سيده بألف ودفع فقال لسيده: اشتريته لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وإن قال: اشتريته فالعبد للمشتري والألف لسيده وعلى المشتري ألف مثله، وإن قال لعبد: اشتر لي نفسك من مولاك فقال للمولى: بعني نفسي لفلان ففعل فهو للآمر وإن لم يقل لفلان عتق.

فصل

الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له، ويصح بيعه بما قل وكثر وبالعرض والنسيئة، وتقيد شراؤه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم المقوّمين، ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه صح، وفي الشراء يتوقف ما لم يشتر

الباقي، ولو ردَّ المشتري المبيع على الوكيل بالعيب ببينة أو نكول ردَّه على الآمر، وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله، وإن باع نسيئة فقال: أمرتك بنقد، وقال المأمور: أطلقت فالقول للآمر، وفي المضاربة للمضارب، ولو أخذ الوكيل بالثمن رهناً فضاع أو كفيلاً فتوى عليه لا يضمن ولا يتصرف أحد الوكيلين وحده، إلا في خصومة وطلاق وعتاق بلا بدل وردّ وديعة وقضاء دين، ولا يوكل إلا بإذن أو باعمل برأيك، فإن وكل بلا إذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبي فأجاز صح، وإن زوَّج عبد أو مكاتب أو كافر صغيرته الحرة المسلمة أو باع لها أو اشترى لم يجز.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض، وبقبض الدين يملك الخصومة، وبقبض العين لا فلو برهن ذو اليد على الوكيل بالقبض أن الموكل باعه وقف الآمر حتى يحضر الغائب وكذا الطلاق والعتاق، ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح وإلا لا، وبطل توكيله الكفيل بمال، ومن ادَّعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه، فإن حضر الغائب فصدّقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً، ورجع به على الوكيل لو باقياً، وإن ضاع لا، إلا إذا ضمنه عند الدفع، أو لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه، ولو قال: إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه، وكذا لو ادَّعى الشراء وصدَّقه، ولو ادَّعى أن المودع مات وتركها ميراثاً له وصدَّقه دفع إليه، ولو وكله بقبض ماله فادَّعى الغريم أو رب المال أخذه دفع المال، واتبع رب المال واستحلفه، وإن وكله بعيب في أمة وادَّعى البائع رضا المشتري لم يردَّ عليه حتى يحلف المشتري، ومن دفع إلى رجل عشرة ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة.

باب عزل الوكيل

وتبطل الوكالة بالعزل إذا علم به الوكيل، وموت أحدهما وجنونه مطبقاً ولحوقه مرتداً، وافتراق الشريكين، وعجز موكله لو مكاتباً وحجره لو مأذوناً، وتصرفه بنفسه.

كتاب الدعوى

هي إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة، والمدعي من إذا ترك ترك والمدعى عليه بخلافه، ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيئاً علم جنسه وقدره، فإن كان عيناً في يد

المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى، وكذا في الشهادة والاستحلاف، وإن تعذر ذكر قيمتها، وإن ادَّعى عقاراً ذكر حدوده، وكفت ثلاثة، وأسماء أصحابها، ولا بد من ذكر الجدِّ إن لم يكن مشهوراً، وأنه في يده ولا يثبت اليد في العقار بتصادقهما بل ببينة أو علم القاضي بخلاف المنقول وأنه يطالبه به، وإن كان ديناً ذكر وصفه وأنه يطالبه به، فإن صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها، فإن أقر أو أنكر فبرهن المدعي قضى عليه، وإلا حلف بطلبه، ولا ترد يمين على مدع، ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق وبينة الخارج أحق، وقضي له إن نكل مرة بلا أحلف أو سكت، وعرض اليمين ثلاثاً ندباً، ولا يستحلف في نكاح ورجعة وفيء واستيلاد ورق ونسب وولاء وحد ولعان وقال القاضي الإمام فخر الدين: الفتوى على أنه يستحلف المنكر في الأشياء الستة، ويستحلف السارق فإن نكل ضمن ولم يقطع، والزوج إذا ادَّعت المرأة طلاقاً قبل الوطء فإن نكل ضمن نصف المهر، وجاحد القود فإن نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتص ولو قال المدعي: لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف، وقيل لخصمه: أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام، فإن أبى لازمه حيث سار ولو غريباً لازمه مقدار مجلس القاضي، واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق إلا إذا ألح الخصم وتغلظ بذكر أوصافه لا بزمان ومكان ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى، ولا يحلفون في بيوت عباداتهم ويحلف على الحاصل أي بالله ما بينكما نكاح قائم وبيع قائم وما يجب عليك ردّه، وما هي بائن منك الآن في دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق، وإن ادَّعى شفعة بالجوار أو نفقة المبتوتة والمشتري أوالزوج لا يراهما يحلف على السبب وعلى العلم لو ورث عبداً فادَّعاه آخر وعلى البتات لو وهب له أو اشتراه ولو افتدى المنكر يمينه أو صالحه منها على شيء صح ولم يحلف بعده.

باب التحالف

اختلفا في قدر الثمن أو المبيع قضي لمن برهن، وإن برهنا فلمثبت الزيادة، وإن عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا وبدئ بيمين المشتري وفسخ القاضي بطلب أحدهما، ومن نكل لزمه دعوى الآخر، وإن اختلفا في الأجل أو شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن أو بعد هلاك المبيع أو بعضه أو في بدل الكتابة أو في رأس المال بعد إقالة السلم لم يتحالفا، وإن اختلفا في مقدار الثمن بعد الإقالة تحالفا وإن اختلفا في المهر قضي لمن برهن، وإن برهنا فللمرأة وإن عجزا تحالفا ولم يفسخ النكاح بل يحكم مهر المثل فقضى بقوله: لو كان كما قال أو أقل وبقولها: لو كان كما قالت: أو أكثر وبه لو بينهما،

ولو اخلتفا في الإجارة قبل الاستيفاء تحالفا وبعده لا والقول: قول المستأجر والبعض معتبر بالكل، وإن اختلف الزوجان في متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له وله فيما يصلح لهما، فإن مات أحدهما فللحي، ولو أحدهما مملوكاً فللحرّ في الحياة وللحي في الموت.

فصل

قال المدّعى عليه: هذا الشيء أودعنيه أو آجرنيه أو أعارنيه فلان الغائب أو رهنه أو غصبه منه وبرهن عليه دفعت خصومة المدّعي، وإن قال: اتبعته من الغائب أو قال المدّعي غصبته أو سرق مني وقال: ذو اليد أو دعنيه فلان وبرهن عليه لا وإن قال المدّعي: ابتعته من فلان وقال ذو اليد: أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة.

باب ما يدعيه الرجلان

برهنا على ما في يد آخر قضى لهما، وعلى نكاح امرأة سقطا وهي لمن صدّقت أو سبقت بينته، وعلى الشراء منه لكل نصفه ببدله إن شاء، وبإباء أحدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله، وإن أرّخا فللسابق، وإلا فلذي القبض، والشراء أحق من الهبة، والشراء والمهر سواء، والرهن أحق من الهبة، ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ أو على الشراء من واحد فالأسبق أحق، وعلى الشراء من آخر وذكرا تاريخاً استويا، ولو برهن الخارج على ملك مؤرخ وتاريخ ذي اليد أسبق أو برهنا على النتاج وسبب ملك لا يتكرر، أو الخارج على ملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أحق، ولو برهن كل على الشراء من الآخر ولا تاريخ سقطا وتترك الدار في يد ذي اليد، ولا يرجح بزيادة عدد الشهود، دار في يد آخر ادّعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللأوّل ربعها والباقي للآخر، ولو كانت في أيديهما فهي للثاني، ولو برهنا على نتاج دابة وأرّخا قضي لمن وافق سنها تاريخه، وإن أشكل ذلك فلهما، ولو برهن أحد الخارجين على الغصب والآخر على الوديعة استويا، والراكب واللابس أحق من آخذ اللجام والكم، وصاحب الحمل والجذوع والاتصال أحق من الغير، ثوب في يده وطرفه في يد آخر نصف، صبي يعبر فقال: أنا حرّ فالقول له، ولو قال: أنا عبد فلان أو لا يعبر عن نفسه فهو عبد لمن في يده، عشرة أبيات في دار في يده وبيت في يد آخر فالساحة نصفان، ادّعى كل أرضاً أنها في يده ولبن أحدهما فيها أو بنى أو حفر فهي في يده كما لو برهن أنها في يده.

باب دعوى النسب

ولدت مبيعة لأقل من ستة أشهر منذ بيعت فادّعاه البائع فهو ابنه وهي أم ولده ويفسخ البيع ويردّ الثمن وإن ادَّعاه المشتري معه أو بعده، وكذا إن ماتت الأم بخلاف موت الولد، وعتقهما كموتهما، وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر ردّت دعوة البائع إلا أن يصدّقه المشتري، ومن ادّعى نسب أحد التوءمين ثبت نسبهما منه، وإن باع أحدهمافأعتقه المشتري بطل عتق المشتري، صبي عند رجل فقال: هو ابن فلان ثم قال: هو ابني لم يكن ابنه وإن جحد أن يكون ابنه، ولو كان في يد مسلم ونصراني فقال النصراني: ابني وقال المسلم: عبدي فهو حر ابن النصراني، وإن كان صبي في يد زوجين فزعم أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما، وولدت مشتراته فاستحقت غرم الأب قيمة الولد وهو حر، فإن مات الولد لم يضمن الأب قيمته، ويرجع بالثمن وقيمته على بائعه لا بالعقر.

كتاب الإقرار

هو إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه، إذا أقرّ حرّ مكلف بحق صح ولو مجهولاً كشيء وحق، ويجبر على بيانه، ويبين ما له قيمة، والقول للمقر مع يمينه إن ادّعى المقر له أكثر منه، وفي مال لم يصدّق في أقل من درهم، ومال عظيم نصاب، وأموال عظام ثلاثة نصب، ودراهم كثيرة عشرة، ودراهم ثلاثة، ولو قال كذا درهماً درهم، كذا كذا أحد عشر كذا وكذا أحد وعشرون ولو ثلث ب'واو ويزاد مائة ولو ربع زيد ألف، عليّ وقبلي إقرار بالدين، عندي معي في بيتي في صندوقي في كيسي أمانة، لو قال لي عليك ألف فقال: اتزنه أو انتقده أو أجلني به أو قضيتكه أو أحلتك به فهو إقرار وبلا كناية لا، وإن أقرّ بدين مؤجل وادّعى المقر له أنه حال لزمه حالاً، وحلف المقر له على الأجل، عليّ مائة ودرهم فهي دراهم ومائة وثوب يفسر المائة، وكذا مائة وثوبان بخلاف مائة وثلاثة أثواب، ولو أقرّ بتمر في قوصرّة لزماه، وبدابة في اصطبل لزمته الدابة فقط، وبخاتم له الحلقة والفص، وبسيف له النصل والجفن والحمائل، وبحجلة له العيدان والكسوة، وبثوب في منديل أو في ثوب لزماه، وبثوب في عشرة له ثوب، وبخمسة في خمسة وعنى الضرب خمسة، وعشرة إن عنى مع، له عليّ من درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشرة له تسعة، له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط له ما بينهما فقط، وصح الإقرار بالحمل وللحمل إن بيّن سبباً صالحاً وإلا فلا، وإن أقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط.

باب الاستثناء وما في معناه

صح استثناء بعض ما أقر به متصلاً ولزمه الباقي، لا استثناء الكل، وصح استثناء

الكيلي والوزني من الدراهم لا غيرهما، ولو وصل إقراره بإن شاء اللّه بطل إقراره، ولو استثنى البناء من الدار فهما للمقر له، وإن قال بناؤها لي والعرصة لفلان فهو كما قال، ولو قال عليّ ألف من ثمن عبد لم أقبضه فإن عين العبد وسلمه إليه لزمه الألف وإلا فلا، وإن لم يعين لزمه الألف كقوله: من ثمن خمر أو خنزير، ولو قال من ثمن متاع أو أقرضني وهي زيوف أو نبهرجة لزمه الجياد بخلاف الغصب والوديعة، ولو قال: إلا أن ينقص كذا متصلاً صدّق وإلا فلا، ومن أقر بغصب ثوب وجاء بمعيب صدّق، وإن قال أخذت منك ألفاً وديعة وهلكت وقال: أخذتها غصباً فهو ضامن، ولوقال: أعطيتنيها وديعة وقال: غصبتنيها لا، وإن قال هذا كان وديعة لي عندك فأخذته فقال: هو لي أخذه، وإن قال: آجرت بعيري أو ثوبي هذا فلاناً فركبه أو لبسه فردّه فالقول للمقرّ، ولو قال: هذا الألف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالألف للأوّل وعلى المقر مثله للثاني.

باب إقرار المريض

دين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف قدّم على ما أقر به في مرض موته، وأخر الإرث عنه، وإن أقر المريض لوارثه بطل إلا أن يصدقه بقية الورثة، وإن أقر لأجنبي صح وإن أحاط بماله، وإن أقر لأجنبي ثم أقر ببنوّته ثبت نسبه وبطل إقراره وإن أقر لأجنبية ثم نكحها صح بخلاف الهبة والوصية، ولو أقر لمن طلقها ثلاثاً فيه، فلها الأقل من الإرث والدين، وإن أقر بغلام مجهول يولد لمثله، أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه ولو مريضاً وشارك الورثة، وصح إقراره بالولد والوالدين، والزوجة والمولى وإقرارها بالوالدين والزوج والمولى، وبالولد إن شهدت قابلة أو صدّقها الزوج، ولا بدّ من تصديق هؤلاء، وصح التصديق بعد موت المقر إلا تصديق الزوج بعد موتها، وإن أقر بنسب نحو الأخ والعم لم يثبت، فإن لم يكن له وارث غيره قريب أو بعيد ورثه وإن كان لا ومن مات أبوه فأقر بأخ شركه في الإرث ولم يثبت نسبه وإن ترك ابنين وله على آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شيء للمقر وللآخر خمسون.

كتاب الصلح

هو عقد يرفع النزاع، وهو جائز بإقرار وسكوت وإنكار، فإن وقع عن مال بمال بإقرار اعتبر بيعاً، فتثبت فيه الشفعة والردّ بالعيب وخيار الرؤية والشرط، ويفسده جهالة البدل، لا جهالة المصالح عنه، وإن استحق بعض المصالح عنه أوكله رجع المدّعى عليه بحصة ذلك من العوض أو بكله ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع بكل المصالح عنه أو ببعضه، وإن وقع عن مال بمنفعة اعتبر إجارة، فيشترط التوقيت ويبطل بموت أحدهما، والصلح عن

سكوت أو إنكار فداء لليمين في حق المنكر ومعاوضة في حق المدّعي، فلا شفعة إن صالحا عن داريهما وتجب لو صالحا على داريهما، ولو استحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة وردّ البدل ولو بعضه فبقدره، ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع إلى الدعوى في كله أو بعضه، وهلاك بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه في الفصلين.

فصل

الصلح جائز عن دعوى المال، والمنفعة، والجناية، بخلاف الحد، ومن نكاح، والرق وكان عتقا على مال، وإن قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز صلحه عن نفسه وإن قتل عبد له رجلاً عمداً فصالحه عنه جاز، ولو صالح عن المغصوب المتلف بما زاد على قيمته أو على عرض صح ولو أعتق موسر عبداً مشتركاً فصالح الشريك على أكثر من نصف قيمته لا، ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه ما لم يضمنه بل يلزم الموكل، وإن صالح عنه بلا أمر صح إن ضمن المال أو أضاف إلى ماله أو قال عليّ ألف وسلم وإلا يوقف فإن أجازه المدّعى عليه جاز وإلا بطل.

باب الصلح في الدين

الصلح عما استحق بعقد المداينة أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقي لا معاوضة، فلو صالح عن ألف على نصفه أو على ألف مؤجل جاز، وعلى دنانير مؤجلة أو عن ألف مؤجل أو سود على نصف حال أو بيض لا، ومن له على آخر ألف فقال: أدّ غداً نصفه على أنك بريء من الفضل ففعل برئ وإلا لا، ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط، ففعل صح عليه.

فصل

دين بينهما صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب لشريكه أن يتبع المديون بنصفه أو يأخذ نصف الثوب من شريكه إلا أن يضمن ربع الدين، ولو قبض نصيبه شركه فيه ورجعا بالباقي على الغريم، ولو اشترى بنصيبه شيئاً ضمنه ربع الدين، وبطل صلح أحد ربا السلم عن نصيبه على ما دفع، وإن أخرجت الورثة أحدهم عن عرض أوعقار بمال أو عن ذهب بفضة أو بالعكس، صح قلَّ أو كثر، وعن نقدين وغيرهما بأحد النقدين لا مالم يكن المعطي أكثر من حظه منه، ولو في التركة دين على الناس فأخرجوه ليكون الدين لهم بطل، وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه، صح، ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة.

كتاب المضاربة

هي شركة بمال من جانب وعمل من جانب، والمضارب أمين وبالتصرف وكيل وبالربح شريك وبالفساد أجير وبالخلاف غاصب وباشتراط كل الربح له مستقرض وباشتراطه لرب المال مستبضع، وإنما تصح بما تصح به الشركة، وبكون الربح بينهما مشاعاً، فإن شرط لأحدهما زيادة عشرة فله أجر مثله لا يجاوز عن المشروط، وكل شرط يوجب جهالة الربح يفسدها وإلا لا، ويبطل الشرط كشرط الوضيعة على المضارب، وبدفع المال إلى المضارب، ويبيع بنقد ونسيئة ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع، ولا يزوّج عبداً ولا أمة، ولا يضارب إلا بإذن أو باعمل برأيك، ولم يتعدّ عما عينه من بلد وسلعة ووقت ومعامل كما في الشركة، ولم يشتر من يعتق على المالك، أو عليه إن ظهر ربح، وضمن إن فعل، وإن لم يظهر ربح صح، فإن ظهر عتق حظه، ولم يضمن لرب المال، وسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال منه، معه ألف بالنصف، فاشترى به أمة قيمتها ألف فولدت ولداً يساوي ألفاً فادّعاه موسراً، فبلغت قيمته ألفاً وخمسمائة سعى لرب المال في ألف وربعه، أو أعتقه فإن قبض الألف ضمن المدعي، نصف قيمتها.

باب المضارب يضارب

فإن ضارب المضارب بلا إذن لم يضمن ما لم يعمل الثاني، فإن دفع بإذن بالثلث وقيل له ما رزق اللّه بيننا نصفان فللمالك النصف وللأوّل السدس وللثاني الثلث، ولو قيل: ما رزقك اللّه بيننا نصفان، فللثاني ثلثه والباقي بين الأول والمالك نصفان، ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي، ولو قيل له: ما رزق اللّه فلي نصفه أو ما كان من فضل فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني النصف ولا شيء للأول، ولو شرط للثاني ثلثيه والمسألة بحالها ضمن الأوّل للثاني سدساً، وإن شرط للمالك ثلثه ولعبده ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح، وتبطل بموت أحدهما، وبلحوق المالك مرتداً، وينعزل بعزله إن علم، وإن علم والمال عروض باعها، ثم لا يتصرف في ثمنها، ولو افترقا وفي المال ديون وربح أجبر على اقتضاء الديون، وإلا لا يلزمه الاقتضاء، ويوكل المالك عليه، والسمسار يجبر على التقاضي، وما هلك من مال المضاربة فمن الربح، فإن زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب، وإن قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادّا الربح ليأخذ المالك رأس ماله، وما فضل فهو بينهما، وإن نقض لم يضمن المضارب، وإن قسم الربح وفسخت ثم عقداها فهلك المال لم يترادّا الربح الأول.

فصل اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع

ولا تفسد المضاربة بدفع المال إلى المالك بضاعة، فإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في مال المضاربة وإن عمل في المصر فنفقته في ماله كالدواء، فإن ربح أخذ المالك ما أنفق من رأس المال، فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع لا على نفسه، ولو قصره أو حمله بماله وقيل له اعمل برأيك فهو متطوّع، وإن صبغه أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن، معه ألف بالنصف فاشترى به بزاً وباعه بألفين واشترى بهما عبداً فضاعا غرما ألفاً والمالك ألفاً، وربع العبد للمضارب وباقيه على المضاربة ورأس المال ألفان وخمسمائة ويرابح على ألفين، وإن اشترى من المالك بألف عبداً اشتراه بنصفه رابح بنصفه، معه ألف بالنصف فاشترى به عبداً قيمته ألفان فقتل رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوماً، معه ألف فاشترى به عبداً وهلك الثمن قبل النقد دفع المالك ألفاً آخر ثَمَّ وثَمَّ ورأس المال جميع ما دفع، معه ألفان فقال: دفعت إليّ ألفاً وربحت ألفاً وقال المالك: دفعت ألفين.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الكفالة

وهي مطلق الضم لغة، قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا﴾ [آل عمران: ٣٧] أي ضمها إلى نفسه وقال عليه الصلاة والسلام: «أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة»(١) أي ضام اليتيم إلى نفسه. قال رحمه الله: (هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة) هذا في الشرع، وقيل: هي ضم ذمة إلى ذمة في الدين لأنه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال، وهذا لأن المطالبة بإيفاء الدين فرع وجوب الدين ولا يتصوّر الفرع بدون الأصل والأحكام تشهد لهذا، ألا ترى أنه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على الأصيل، وهبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح، وكذا لو اشترى الطالب بالدين شيئاً من الكفيل صح والشراء بالدين لا يجوز إلا ممن عليه الدين ولا

كتاب الكفالة

ذكر كتاب الكفالة عقيب البيوع من حيث أن الكفالة تكون غالباً في البياعات ولأن في الكفالة إذا كان بأمر معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة اهـ إتقاني. قال الكمال رحمه الله: أورد الكفالة عقيب البيوع لأن غالباً يكون تحققها في الوجود عقيب البيع، فإنه قد لا يطمئن البائع إلى المشتري فيحتاج إلى من يكفله بالثمن أو لا يطمئن المشتري إلى البائع فيحتاج إلى من يكفله في المبيع، وذلك في السلم فلما كان تحققها في الوجود غالباً بعدها أوردها في التعليم بعدها ولها مناسبة خاصة بالصرف، وهي أنها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الأثمان، وذلك عند الرجوع إلى المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لأنه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وقرّ جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما، ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى امتن تعالى بها حيث قال: ﴿وكفلها زكريا﴾ [آل عمران: ٣٧] في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم إذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك، وسمي نبياً بذي الكفل لما كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم اهـ

---

(١) أخرجه البخاري في الطلاق (٥٣٠٤)، ومسلم في الزهد والرقائق (٢٩٨٣)، والترمذي في البر والصلة (١٩١٨)، وأبو داود في الأدب (٥١٥٠)، وأحمد في مسنده (٨٦٦٤).

يلزم من وجوب الدين عليهما أن يتكرر الاستيفاء، لأن الدين الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين، ويمكن وجوبه على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب فإن الدين واجب عليهما ولا يستوفيه إلا من أحدهما أيهما شاء، **والأول أصح** لأنه يستحيل أن يجب دينان ولا يستوفي إلا أحدهما، وأما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن، ألا ترى أن الوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل حتى لو أبرأه البائع صح، وكذا الولي والوصي يطالبان بدين على الصغير وليس عليهما دين والمولى يطالب بقضاء دين على عبده المأذون أو ببيعه عند طلب الغرماء بيعه ولا دين عليه، فإذا أمكن إيجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة إلى إيجاب الدين عليه لأنه محال في الحقيقة لما فيه من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار إليه إلا عند الضرورة كما إذا وهب الدين له أو اشترى به منه شيئاً فحينئذٍ يقدر الدين على الكفيل ضرورة تصحيح تصرفه فيجعل في حكم دينين، ولا ضرورة قبله فلا حاجة إلى هذا التقدير **وفي الغاصب** وغاصب الغاصب لا يجب له إلا دين واحد على أحدهما غير عين، فلهذا إذا اختار أحدهما ليس له أن يطالب الآخر لتضمنه التمليك منه وهذا تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة، أو تيسير وصول حقه إليه **وركنها الإيجاب** والقبول عندهما خلافاً لأبي يوسف آخراً،

قوله: (والأول أصح) فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الأصيل ولم يرجح في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الألف الدين الواحد ألفين أي على القول: بأنه ضم ذمة إلى ذمة في الدين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط: وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل. ما يوجب براءة حق الطالب لأن. **قوله: (وفي الغاصب إلخ)** قال الولوالجي: رجل غصب من رجل مالاً فغصب ذلك المال غريم المغصوب منه فالمختار أن المغصوب منه بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني لأن الأول غاصب، والثاني غاصب الغاصب فإن ضمن الأول لم يبرأ الثاني، وإن ضمن الثاني برئ الأول اهـ ذكره في الغصب. **قوله: (وركنها الإيجاب)** قال الإتقاني: وركنها إيجاب الكفيل وقبول المكفول له خلافاً لأبي يوسف في القبول وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل بما على الأصيل، وعند الشافعي حكمها وجوب الدين على الكفيل اهـ وكتب ما نصه قال الكمال: وأما ركنها فالإيجاب والقبول بالألفاظ الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالنفس والمال وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي: واختلفوا على قول أبي يوسف: فقيل: إن الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفاً على إجازة الطالب أو تصح نافذاً، وللطالب حق الردّ

وشرطها أن يكون الدين ثابتاً صحيحاً بخلاف بدل الكتابة على ما يجيء في موضعه، وأن يكون المكفول به ممكن الاستيفاء من الكفيل وأهلها أن يكون الكفيل من أهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع **كالعبد المأذون له في التجارة** والمكاتب والصغير، وكذا لا يصح من المريض إلا من الثلث لأنه لا يملك التبرع بأكثر منه وأنواعها في الأصل نوعان: كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان: كفالة بالديون فتجوز مطلقاً إذا كانت صحيحة، وكفالة بالأعيان وهي نوعان: كفالة بأعيان مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة بأعيان هي أمانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها أصلاً وكفالة بأعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجرة أو بعين مضمونة بغيره كالمبيع، فإن الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح وألفاظها مذكورة في المتن.

قال رحمه الله/ [١٨١/٢/١]: (وتصح بالنفس وإن تعددت) أي وإن تعددت الكفالة بأن أخذ منه كفيلاً ثم كفيلاً وكذا تجوز إذا تعددت النفوس المكفول بها أيضاً كما تجوز بالديون الكثيرة، **وقال الشافعي** رحمه الله: **لا تجوز** الكفالة بالنفس لأنه لا قدرة له على تسليمه إذ لا ولاية له عليه لا سيما إذا تكفل بغير أمره لأنه لا ينقاد له ولا يلتزم طاعته، وكذا إذا كان بأمره لأن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له ولاية في ماله ليؤدي عنه من ماله، فالنفس أولى فصار كما لو باع طيراً في الهواء بخلاف الكفالة بالمال لأنه إن لم يكن له ولاية على مال الآمر فله ولاية على مال نفسه فيؤدي من ماله، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم»(١) من غير فصل بين الكفالة

وفائدة الخلاف إنما تظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول من يقول: بالتوقف يقول: لا يؤخذ به الكفيل اهـ **قوله**: (**وشرطها إلخ**) ومن شرطها أيضاً أن يكون الدين صحيحاً سواء كان على الصغير أو على العبد المحجور لأنه يطالب بعد العتق اهـ غاية. وكتب ما نصه قال في البدائع: ومنها الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجوراً كان أو مأذوناً في التجارة لأنها تبرع والعبد لا يملك التبرع بدون إذن مولاه، ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لأن إعدام النفاذ ما كان لانعدام الأهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لأنها غير منعقدة منه لعدم الأهلية فلا يحتمل النفاذ اهـ **قوله**: (**كالعبد المأذون له في التجارة**) قال الشيخ كمال الدين: فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور وقال في باب كفالة العبد: فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون اهـ **قوله**: (**وقال الشافعي: لا تجوز إلخ**) قال الكمال: ثم نقل عن الشافعي أن الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول له مخالف

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٦٥)، وأبو داود في البيوع (٣٥٦٥)، وابن ماجة في الأحكام (٢٤٠٥)، وأحمد في مسنده (٢١٧٩١).

بالنفس أو بالمال فيقتضي شرعيتها، ولا يقال: الكفالة بالنفس لا غرم فيها **فلا يتناوله الحديث** لأنا نقول: الغرم عبارة عن ضرر يلزمه، قال الله تعالى: ﴿إن عذابها كان غراماً﴾ [الفرقان:٦٥] **وفيه** ذلك ولأن الحاجة ماسة إليها ضرورة إحياء حقوق العباد، وقد أمكن العمل بموجبها بأن يعلمه مكانه فيخلي بينه وبينه إذ التخلية تسليم أو يوافقه إذا دعاه أو يكرهه بالحضور إلى مجلس الحاكم والتزامه لذلك، ورضا خصمه به دليل على قدرته فتصح وإن لم يقدر عليه استعان بأعوان القاضي فكانت مفيدة ولأنه التزم ما هو مستحق على الأصيل إذ تسليم النفس على المدعى عليه واجب بمعنى أنه يجب عليه الحضور إلى مجلس الحاكم فتصح كالكفالة بالمال، والدليل على أنه يجب عليه الإجابة إذا دعي أن الله تعالى ذم الممتنع من الحضور بقوله عز وجل: ﴿وإذا دعوا إلى الله ورسوله﴾ [النور:٤٨] الآية، والذم يستحق بترك الواجب وعن الصحابة رضي الله عنهم أنهم أجازوا الكفالة بالنفس وضمنت أم كلثوم بنفس علي حين جرى بينه وبين عمر رضي الله عنهم خصومة وكفل رسول الله ﷺ رجلاً بتهمة والتكفيل أخذ الكفيل بالنفس، ولأن شرط صحة الالتزام أن يكون الملتزم ممكناً وجوده عقلاً لا حقيقة، ألا ترى أنه إذا التزم ألف حجة بالنذر يصح ويلزمه وإن لم يتأت منه حقيقة لقصر عمره عادة وقدرته على إحضاره ممكن فتصح، وإذا صحت تصح متعددة أيضاً لأن حكمها استحقاق المطالبة وهي تحتمل العدد والالتزام الأول لا يمنع الالتزام الثاني إذ المقصود منها التوثق فلا تنافي.

قال رحمه الله: (**بكفلت بنفسه** وبما عبر عن البدن وبجزء شائع) أي تصح

للقول الأظهر عندهم وهو أنها جائزة كقولنا اهـ **قوله: (فلا يتناوله الحديث)** وأجيب: بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزم مما يضره والغرام اللازم ذكره في المجمل والكفيل بالنفس يلزمه الإحضار، وقد يثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار إليه المصنف بقوله: والحاجة إليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله إلحاقه بجامع عموم الحاجة إليها إحياء للحقوق مع الإيجاب والقبول والشرائط اهـ **قوله: (وفيه)** أي الضرر موجود في الكفالة بالنفس لأنه يلزم بإحضاره فيتضرر به اهـ **قوله في المتن: (بكفلت بنفسه إلخ)** شروع في ذكر الألفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح كفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعليَّ وإليَّ ولك عندي هذا الرجل وعليّ أن أوافيك به أو عليَّ أن ألقاك به أودعه إليَّ وحميل بالمهملة بمعنى كفيل به، يقال: حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع، وروي في الفائق الحميل ضامن، وأما القبيل فهو أيضاً بمعنى الكفيل ويقال: قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع ثم هذه الألفاظ توجب لزوم موجب الكفالة إذا أضيفت إلى جملة البدن أو ما يعبر به عن

الكفالة بقوله: كفلت بنفس فلان أو بما يعبر به من أعضائه عن جميع البدن كرأسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه بأن قال: تكفلت برأسه أو بوجهه إلى آخره، أو تكفل بجزء شائع منه بأن قال: تكفلت بثلثه أو بربعه كل ذلك جائز لأن هذه الأشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفاً، وقد بيناه في الطلاق.

قال رحمه الله: (وبضمنته) أي تصح بقوله: ضمنته لك لأنه تصريح بمقتضى الكفالة لأنه يصير ضامناً للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه، كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك.

قال رحمه الله: (وبعليّ) يعني تصح بقوله: عليَّ لأن كلمة عليَّ للوجوب. قال الله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا﴾ [آل عمران: ٩٧].

قال رحمه اللّه: (وإليّ) لأنها بمعنى عليّ في هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام: «من ترك كَلا أو عيالاً فإليّ».

الجملة حقيقة في اللغة، والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت، أو أنا حميل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو بدنه أو وجهه لأن هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن عرفاً ولغة ومجازاً كهو رأس وتحرير رقبة، وتقدّم في الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما إذا كفل بعينه، قال البلخي رحمه الله: لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن، والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل يقال: عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم، أما في زماننا فلا شك في ذلك اهـ كمال رحمه الله. **قوله**: (أو بربعه) أي أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فذكر بعضها شائعاً كذكر كلها اهـ كمال رحمه الله وقوله: لا تتجزأ بأن يكون بعضها كفيلاً وبعضها لا اهـ. **قوله في المتن**: (وبضمنته) قال الكمال رحمه الله: ووجه ضمنت بأنه تصريح بموجبه لأن موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور اهـ ومقتضاه أن ضمنته من ألفاظ الكفالة بالمال لا النفس، وقد تبع الكمال في هذا تلميذه العلامة قاسم، فقال: عند قول صاحب المجمع، وبقوله: ضمنته هذه في الكفالة بالمال فينبغي الإفصاح لئلا يتوهم أنها في النفس اهـ واعلم أني قد راجعت بعون الله نقولاً كثيرة من المتون والشروح والفتاوى فبعضهم يصرح بأن ضمنت من ألفاظ الكفالة بالنفس كالنسفي في كافيه وبعضهم في قوة الصريح فإنهم يذكرونها في الكفالة لا بالنفس في الكفالة بالمال ولم أر أحداً من مشايخنا ذكرها في ألفاظ الكفالة بالمال والله الموفق، لكن قال الشيخ أبو نصر الأقطع رحمه الله في شرح القدوري عند قوله في الكفالة بالنفس: وكذلك إن قال: ضمنته أو هو عليَّ أو إليَّ أو أنا زعيم به أو قبيل وإذا ثبت أن هذه

قال رحمه الله: (وأنا زعيم به) لأن الكفيل يسمى زعيماً، قال الله تعالى حكاية عن/ صاحب يوسف: ﴿وأنا به زعيم﴾ [يوسف:٧٢] أي كفيل. [١٨١ب/٢]

قال رحمه الله: (وقبيل به) لأن القبيل هو الكفيل، ولهذا يسمى الصك قبالة لأنه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل.

قال رحمه الله: **(لا بأنا ضامن لمعرفته)** أي لا يصير كفيلاً بقوله: أنا ضامن لك بمعرفة فلان وقال أبو يوسف: يصير ضامناً للعرف لأنهم يريدون به الكفالة، وجه الأول أنه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالته عليه أو قال: أوقفك عليه.

قال رحمه الله: (فإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه) لأنه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به إن طلبه في ذلك الوقت أو بعده كالدين المؤجل إذا طلبه صاحبه بعد حلول الأجل.

قال رحمه الله: (فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم) لامتناعه عن إيفاء ما وجب عليه، ولكن لا يحبسه أوّل مرة لاحتمال أنه ما عرف لماذا يدعى فيمهله حتى يظهر له مطله لأنه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المماطلة، **قال العبد الفقير إلى الله تعالى:**

الألفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس أو ضمان المال بها اهـ وينبغي أن يقال: هذه الألفاظ إذا أطلقت تحمل على الكفالة بالنفس، وإذا كان هناك قرينة على الكفالة بالمال فتتمحض حينئذٍ للكفالة به. **قوله في المتن: (لا بأنا ضامن لمعرفته)** أي وكذا بمعرفته، وكذا أنا ضامن على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله، ولو قال: أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزم لأنه مصدر متعدّ لاثنين، فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته، فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب، وعن نصير قال: سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر: أنا ضامن لمعرفة فلان قال أبو سليمان: أما في قول أبي حنيفة: وأبيك لا يلزمه شيء، وأما أبو يوسف قال: هذا على معاملة الناس وعرفهم، قال الفقيه أبو الليث في النوازل: هذا القول في النوازل غير مشهور والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد، وفي خزانة الواقعات وبه يفتى أي بظاهر الرواية، لكن نص في المنتقى في قول أبي يوسف فيمن قال: أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس، وفي فتاوى النسفي لو قال: الذي لك على فلان أنا أدفعه لك أو أسلمه إليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام، وفي الخلاصة عن متفرقات خاله قيده بما إذا قاله منجزاً فلو معلقاً يكون كفالة **نحو أن يقول:** إن لم تؤدّ فأنا أؤدي نظيره في النذر لو قال: أنا أحج لا يلزمه شيء ولو قال: **إن دخلت الدار** فأنا أحج يلزمه الحج اهـ كمال رحمه الله. **قوله: (قال الفقير إلخ)** هذا يوهم **أنه** من تفقه الشارح وليس كذلك بل هو من أصل الرواية عن علمائنا فقد ذكره شراح

ينبغي أن يفصل كما فصل في الحبس بالدين فإنه هناك قيل: إذا ثبت الحق بإقراره لا يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلم يظهر بأوّل الوهلة وإن ثبت بالبينة حبسه كما وجب لظهور مطله بالإنكار، فكذا هنا ينبغي أن يفصل على هذا التفصيل وذكر في النهاية معزياً إلى الإيضاح وهذا إذا لم يظهر عجزه، وأما إذا ظهر عجزه **فلا معنى لحبسه** إلا أنه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه، ولا يحول بينه وبين أشغاله جعله كالمفلس بالدين إذا ثبت بالإقرار أو بالبينة.

قال رحمه الله: (وإن غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه) أي إن غاب المكفول بنفسه يؤجل الكفيل مدة قطع المسافة ولا يحبسه لأنه لم يظهر مطله بعد والحبس للمماطلة.

قال رحمه الله: (**فإن مضت ولم يحضره حبسه**) أي إذا مضت المدة ولم يحضره حبسه لأنه ظهر مطله والحبس جزاؤه.

قال رحمه الله: (**وإن غاب** ولم يعلم مكانه لا يطالب به) لأنه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالمدين إذا ثبت إعساره، وإن اختلفا فقال الكفيل: لا أعرف مكانه وقال الطالب: تعرف ينظر فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع لأن الظاهر يشهد للطالب، وإن لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة، وقال بعضهم: لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبسه القاضي إلى أن يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على إسقاطها عن نفسه بما يدعي، وإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع، وإحضاره اعتباراً للثابت بالبينة بالثابت معاينة، وكذا لو ارتد ولحق بدار الحرب لا تسقط الكفالة **فيؤجل الكفيل مدة** ذهابه ومجيئه، ولا يقال: بعد اللحاق بدار الحرب صار كالموتى، ولهذا يقسم ماله بين ورثته فينبغي أن يبرأ الكفيل كما لو مات حقيقة لأنا نقول هذا ليس كموته حقيقة وإنما هو موت حكمي في حق قسمة ماله بين ورثته، فأما في حق نفسه فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس إلى الخصم فبقي الكفيل على كفالته هكذا ذكره في النهاية معزياً إلى المبسوط/ وفيه قال في الذخيرة إنه: إذا لحق بدار الحرب [١٨٢ أ/٢]

الأصل اهـ **قوله**: (**فلا معنى لحبسه**) كما إذا مات المكفول به فإن الكفالة تبطل اهـ فتح. **قوله في المتن**: (**وإن غاب**) أي وعلم مكانه. **قوله**: (**ولم يحضره حبسه**) أي إلى أن يظهر للقاضي تعذر الإحضار عليه بدلالة الحال أو لشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر إلى وقت القدرة كالإعسار بالدين اهـ كمال رحمه الله. **قوله**: (**فيؤجل الكفيل مدة إلخ**) قال الكمال: ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة، وللشافعي فيما إذا كانت مسافة القصر وجهان أظهرهما لا يسقط الطلب كما في دونها، والثاني يسقط إلحاقاً بالغيبة

مرتداً ينظر فإن كان الكفيل قادراً على ردّه بأن كان بيننا وبينهم مواعدة أن من لحق بهم مرتداً يردونه إلينا إذا طلبنا يمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه، وإن لم يكن قادراً لا يؤاخذ به ثم في كل موضع قلنا إنه يؤمر بالذهاب إليه للطالب أن يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب الآخر فيضيع حقه.

قال رحمه الله: (فإن سلمه بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر برئ) لأنه أتى بما التزمه إذ لم يلتزم تسليمه إلا مرة واحدة وحصل مقصود الطالب أيضاً بذلك فلا حاجة إلى إبقاء الكفالة فصار نظير ما لو تكفل بمال وقضاه سواء كان التسليم غير مشروط في وقت أو كان مشروطاً فيه فسلمه في ذلك الوقت أو قبله، لأن الأجل حق الكفيل فله أن يسقطه كالدين المؤجل إذا قضاه قبل حلول الأجل يجبر الطالب لأن الأجل حق المدين فله أن يسقطه ثم التسليم يكون بالتخلية بينه وبين الخصم، وذلك برفع الموانع فيقول له: هذا خصمك فأنت أعلم بشأنه فخذه إن شئت ثم لا يخلو إما أن يسلمه بعد طلبه أو لا، فإن كان بعد طلبه برئ وإن لم يقل: سلمته إليك بحكم الكفالة لأنه يتضمن إعادة قول الطالب وإن سلمه بغير طلب لا يبرأ حتى يقول: سلمته إليك بحكم الكفالة.

قال رحمه الله: (**ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي** سلمه ثمة) لأن الشرط مفيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه فإذا سلمه في مجلسه برئ لما ذكرنا، وكذا إذا سلمه في السوق لحصول المقصود وقيل: لا يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في إقامة الحق، وإن سلمه في برية أو في سواد لا يبرأ لأنه لا يقدر على مخاصمته في ذلك المكان، وكذا لو لم يشترط التسليم في مجلس الحاكم لا يبرأ بمثل هذا التسليم لما ذكرنا، وإن سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رحمه الله لأن المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من إحضاره مجلس القاضي وقد وجد، وعندهما لا يبرأ لأنه لم يسلمه على الوجه الذي التزمه وهو أن يسلمه في مصر كفل فيه وهو مفيد لاحتمال أن يكون شهوده فيه أو يعرف قاضي ذلك المصر حادثته فلا يبرأ إلا بالتسليم فيه قلنا: الاحتمال مشترك فإنه يحتمل أن يكون شهوده في ذلك المصر، وكذا يحتمل أن يكون قاضي ذلك المصر يعلم حادثته فتعارض الموهومان فبقي التسليم سالماً عن المعارض فيبرأ وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، فأبو حنيفة قال ذلك في زمنه حين كانت الغلبة لأهل الصلاح والعمال كانوا يتعاونون على البر ولا يميلون إلى الرشوة فلا

المنقطعة اهـ **قوله: (مواعدة)** أي موادعة اهـ وبه عبر الكاكي، وقوله: مواعدة كذا بخط الشارح رحمه الله. **قوله في المتن: (ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي إلخ)** ولو شرط أن يدفع إليه عند الأمير فدفع عند القاضي أو عزل ذلك الوالي وولي غيره فدفع إليه عند الثاني

يختلف الحال بين مصره ومصر آخر وهما قالا ذلك بعدما ظهر الفساد وتغيرت أحوال القضاة والعمال حتى لا يقيموا الحق إلا بالرشوة، فيكون على هذا التقدير مصره أسهل **لإثبات حقوقه** ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأن المقصود من التسليم تمكنه من إحضاره مجلس الحاكم ليثبت عليه الحق **ولا يفيد في المحبوس**.

قال رحمه الله: (وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب) يعني الكفالة تبطل بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل، ولا تبطل بموت المكفول له لأن المطلوب بموته برئ هو بنفسه وبراءته توجب براءة الكفيل لأنه أصيل والكفيل تبع، فإذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه فكذا عن/ التبع لما قلنا، وبعد موت [١٨٢ب/٢] الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه لأنهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الحق وهو إحضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال إذا مات لأن ماله صالح له وحكمه بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم يرجع إلى الورثة على **المكفول له** إن كانت الكفالة بأمره وإلا فلا شيء لهم، كما إذا أدَّى هو بنفسه حال حياته، وإذا مات الطالب يخلفه وصيه أو وارثه فلا يبطل حقه إذ هم قائمون مقامه في استيفائه.

قال رحمه الله: (وبرئ بدفعه إليه وإن لم يقل: إذا دفعته إليك فأنا بريء) لأن موجب التسليم البراءة فتثبت به وإن لم ينص عليها **إذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه** ولا بد من أن يقول: سلمته إليك بحكم الكفالة، وإن لم يقل: لا يبرأ لأن التسليم قد يكون بحكم الكفالة أو استعانة أو إجارة إلا إذا كان بطلبه فحينئذٍ لا يحتاج فيه إلى أن ينص عليه لتقدم ما يدل عليه، وكذا إذا أقرا الطالب بالقبض لا

جاز اهـ غاية. نقلاً عن الخلاصة. **قوله: (لإثبات حقوقه)** قال الكمال: وقولهما أوجه اهـ **قوله: (ولا يفيد في المحبوس)** نقل في الفتاوى الصغرى عن كفالة العيون: إذا ضمن لآخر بنفسه فحبس المطلوب فأتى به الذي ضمنه إلى مجلس القاضي فدفعه، قال محمد: لا يبرأ لأنه في السجن وإن كان إنما ضمنه بنفسه وهو في السجن فدفعه إليه في السجن يبرأ وإن كان ضمنه في السجن ثم خلي عنه ثم حبس ثانيا فدفعه إليه، قال: إن كان الحبس الثاني في أمر من أمور التجارة أو نحوها فله أن يدفع إليه في الحبس، وإن كان في شيء آخر من أمور السلطان لا يبرأ اهـ غاية. **قوله: (المكفول له)** كذا بخط الشارح وصوابه المكفول عنه اهـ **قوله: (إذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه)** أي كالغاصب يرد العين المغصوبة إلى المغصوب منه يبرأ بمجرّد التسليم مع أنه جان وهذا أولى لأنه لم يوجد منه الجناية وكثبوت الملك بالشراء فإنه يثبت بلا شرط لأنه موجب التصرف وكحلّ الاستمتاع يثبت

يحتاج فيه إلى النص لأن الظاهر أنه لا يقر إلا باستيفاء حقه، ولو سلم الكفيل المكفول به إلى الطالب فأبى أن يقبله يجبر على القبول وينزل قابضاً بالتخلية لأنه لو لم يجعل قابضاً لتضرر الكفيل فصار كالغاصب يرد العين المغصوبة أو قيمتها، وكالمدين إذا قضى الدين بخلاف ما إذا سلمه غيره بغير أمر الكفيل حيث لا يجبر على القبول لأنه أجنبي فصار نظير قضاء الدين من الأجنبي.

قال رحمه الله: (وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله) يعني بتسليم هؤلاء يبرأ الكفيل لأن المكفول به مطالب بالتسليم وواجب عليه أن يسلم نفسه، فإذا سلم فقد حصل المقصود فلا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفعله وشرط براءته أن يقول كل واحد من هؤلاء: سلمت إليك بحكم الكفالة على ما بينا، وفي لفظ المختصر ما يشعر بذلك فإنه قال: وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته شرط أن يكون التسليم من كفالته فهذا دليل على أنه لا يبرأ **إذا لم يقل من كفالته** نص عليه في الكفيل ووكيله ورسوله في المبسوط والمحيط وفي تسليم المكفول بنفسه في فتاوى قاضيخان، ولو سلمه إليه رجل أجنبي بغير أمره وقال عند الدفع: سلمته إليك عن الكفيل فإن قبله الطالب برئ الكفيل، وإن سكت الطالب ولم يقل: قبلت لم يبرأ الكفيل ذكره قاضيخان في فتاواه.

قال رحمه الله: (**فإن قال: إن لم أواف به غداً فهو ضامن لما عليه** فلم يواف به أو مات المطلوب ضمن المال) **لأن الكفالة بالمال** معلقة بشرط عدم الموافاة فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لأنها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا تنتفي بوجودها، ألا ترى أنه لو كفلهما جملة في وقت واحد صحت ولو تنافيا لما صحت، وهذا لأن الكفالة للتوثق والتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق

بمجرّد النكاح الصحيح فإنه موجبه اهـ غاية. **قوله: (إذا لم يقل من كفالته)** أي لأنه يجب عليه تسليم نفسه فيكون عن نفسه اهـ غاية. **قوله في المتن: (فإن قال: إن لم أواف به غداً إلخ)** ولو قال: إن وافيتك به غداً فعليّ ما عليه ووافاه به لم يلزمه المال اهـ صغرى في الوكالة. وكتب عليه أيضاً ما نصه: لأن المتعارف هو تعليق الكفالة بعدم الموافاة لا تعليقها بالموافاة اهـ **قوله: (فهو ضامن لما عليه)** إنما قيد بهذا لأنه إذا لم يقل: لما عليه بل قال: إذا لم يواف به إلى وقت كذا فعليه كذا لا تصح الكفالة عند محمد وسيجيء اهـ غاية. **قوله: (لأن الكفالة بالمال إلخ)** لأنه إذا أدّى المال برئ عن أحد الضمانين فلا يلزم من براءة أحد الضمانين البراءة من الضمان الآخر فيلزمه إحضاره لعدم المنافاة بين الضمانين لأن الضمانين للتوثق فيجوز أن يدعي عليه ديناً آخر فلا جرم أنه وجب الإحضار اهـ غاية. **قوله:**

بالكفالة بالمال، كما لا ينافي التوثق بكفالة نفس أخرى أو بمال آخر وقال الشافعي رحمه الله: الكفالتان باطلتان أما الكفالة بالنفس فقد بينا قوله من قبل، وأما الكفالة بالمال فلأنها معلقة بشرط على خطر، وتعليق وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه **وهذا هو القياس**، ولنا أن الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وغيره وباب / الكفالة أوسع لكونها من التبرعات، ولأن الكفالة تشبه البيع [١٨٣/١ /٢] انتهاء **من حيث** أن الكفيل يرجع على الأصيل إذا كان بأمره وتشبه النذر ابتداء من حيث أنه التزام ابتداء فلشبهه بالبيع ينبغي أن لا يجوز تعليقه بالشرط أصلاً، **وباعتبار النذر وجب** أن يجوز بمطلق الشرط فقلنا: يجوز تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملاً بالشبهين، **والتعليق بعدم الموافاة متعارف** ولا نسلم أنه تعليق لوجوب المال وإنما هو تعليق لوجوب المطالبة في الصحيح على ما مر من قبل فيصح فإذا صح تعليقه بعدم الموافاة، ولم يواف به مع قدرته أو لعجزه بموته أو بجنونه فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط لأن عدم الموافاة لا يختلف باختلاف السبب، فإن قيل: شرط وجوب المال عدم موافاة مستحقة عليه، وبموت المكفول به برئ الكفيل فلم يجب عليه إحضاره فكيف يلزمه المال بعدم موافاته بعدما برئ، ألا ترى أن الطالب إذا أبرأه عن الكفالة بالنفس، ولم يحضره لا يجب عليه المال لفقد شرطه فكذا هنا قلنا: الإبراء وضع للفسخ فتنفسخ به الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم يوضع للفسخ وإنما برئ لعجزه عن التسليم المستحق بالكفالة، لأن المستحق عليه تسليم يقع ذريعة إلى الخصام وهو عاجز عنه فكان ضرورياً فيتقدر بقدرها فيبرأ عن التسليم، ولا ضرورة إلى انفساخه في حق الكفيل بالمال فلا ينفسخ العقد في حقه، وإن مات الكفيل فقد ذكر قاضيخان في فتاواه أن وارثه كان بمنزلة الكفيل إن دفعه إلى الطالب برئ، وإن لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعني من تركة الميت، ولو مات الطالب فدفع الكفيل المكفول به إلى وارث الطالب في الوقت برئ، وإن لم يدفعه حتى مضى الوقت لزمه المال وهو ظاهر.

(وهذا هو القياس) قال الإتقاني: ولنا قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف:٧٢] والزعيم الكفيل بيانه: أن الله تعالى علق الكفالة بالمال بالشرط وهو المجيء بالصاع فعلم أن تعليق الكفالة بالشرط صحيح، وهذا لأن شريعة من قبلنا تلزمنا إذا قص الله تعالى من غير إنكار اهـ **قوله**: **(من حيث)** أي أنها معاوضة انتهاء ألا ترى إلخ اهـ **قوله**: **(وباعتبار النذر وجب)** أي إذا قال: إن كلمت فلاناً فعليّ أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلاناً وجب عليه أن يتصدق بها اهـ بدائع. **قوله**: **(والتعليق بعدم الموافاة متعارف)** أي بين الناس لأنها لتأكيد الكفالة بالنفس لأن الغرض من الكفالة بالنفس الوصول إلى الحق، وفي الكفالة بالمال ذلك فصح فإذا صح التعليق ووجد الشرط يلزم المال اهـ إتقاني رحمه الله.

قال رحمه الله: (ومن ادَّعى على آخر مائة دينار فقال رجل: إن لم أوافِ به غداً فعليه المائة فلم يواف به غداً فعليه المائة) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً، **ولا فرق بين أن يبين المائة أو لم يبينها** بأن تعلق رجل على رجل فلزمه فقال: لي عليك حق ولم يدع عليه مالاً مقدراً فقال له رجل آخر: دعه فأنا كفيل بنفسه فإن لم أوافك به غداً فعلي مائة دينار فادَّعى المدعي وأثبتها لزم الكفيل، وقال محمد رحمه الله: إن لم يبينها ثم ادَّعى وبيَّنها لا تلزمه وله فيه وجهان أحدهما ما قاله أبو منصور الماتريدي رحمه الله: وهو أن الكفيل علق مالاً مطلقاً **بخطر** حيث لم يقل: التي لك عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له **عند عدم الموافاة به** فهذا يوجب أن لا يصح، وإن بيَّنها المدعي لأن عدم النسبة إليه هو الذي أوجب البطلان، والثاني ما قاله الكرخي: وهو أن المدعي لما لم يبيِّن لم تصح دعواه فلم يجب إحضاره إلى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس أيضاً لعدم صحة الدعوى، ولم تصح الكفالة بالمال أيضاً لأنها مبنية على الكفالة بالنفس فإذا بطل الأصل بطل الفرع، وهذا الوجه يوجب أن تصح الكفالة إذا بيَّن المال عند الدعوى. ولهما أن هذه كفالة أمكن تصحيحها فتصح، أما إذا بيَّن المال عند الدعوى فلأن المال ذكر معرفاً فينصرف إلى ما على المدعى عليه لأن العادة جرت بالإرسال والمراد ما عليه، وأمّا إذا/ لم يبين فلأن العادة [١٨٣ ب/٢] جرت بالإبهام في الدعوى في غير مجلس القضاء فيجملونها إجمالاً ولا يبيِّنونها إلا عند القاضي دفعاً لحيل الخصوم وصوناً لكلامهم إلى وقت الحاجة فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من جهته، فإذا بيَّن انصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى فظهر به أن الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة بالمال أيضاً لأنها مبنية عليها، ولأنه لو جعل التزاماً لما عليه تصح وإلا فلا، فيحمل عليه تصحيحاً لتصرفه، ولو كفل رجل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان آخر جاز ذلك استحساناً، وهو قول محمد رحمه الله، وفي القياس لا يجوز وهو قول أبي يوسف ذكره قاضيخان، وفي المحيط جعل الخلاف بالعكس وجعل أبا حنيفة مع أبي يوسف.

قوله: (ولا فرق بين أن يبين المائة أو لم يبينها) قال تاج الشريعة في شرح الهداية: معنى المسألة رجل قدّم رجلاً إلى القاضي وادّعى عليه مائة دينار وبيَّنها بأن قال: ركنية أو نيسابورية أو لم يبيِّنها بأن ادَّعى عليه مائة ولم يزد على ذلك أو ادّعى حقاً مطلقاً أو مالاً مطلقاً وفي جامع شمس الأئمة ومن ادّعى على آخر مائة دينار وبيَّنها أو لم يبيَّنها أي وبيِّن مقدار المدعى به أو لم يبيِّن مقدار المدَّعى به، وكذا في جامع قاضيخان اهـ **قوله: (بخطر)** هو عدم الموافاة اهـ فتح. **قوله: (عند عدم الموافاة به)** وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس

قال رحمه الله: (ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: يجبر في حد القذف والقصاص، **وفي غيرهما من الحدود لا يجبر**، **ولو سمحت** به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق. لهما أن الكفالة بالنفس شرعت لتسليم النفس، وتسليم النفس واجب على الأصيل هنا فصحت الكفالة به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لأنها محض حق الله تعالى، والكفالة شرعت وثيقة لصاحب الحق كيلا يفوت حقه والله تعالى غني عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص حيث لا يجوز به إجماعاً لأنه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل فلا يشرع، وله **قوله عليه الصلاة والسلام: «لا كفالة في حد مطلقاً** ولأن الكفالة للاستيثاق **ومبناهما** على الدرء فالإجبار على إعطاء الكفيل فيهما يفضي إلى فساد الوضع بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تسقط بالشبهات، ولو أعطى بنفسه الكفيل من غير

اهـ كمال. **قوله: (وفي غيرهما من الحدود لا يجبر)** ذكر الشيخ الإمام علاء الدين الإسبيجابي في أوّل كتاب الكفالة من شرح كتاب الكافي: أن الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس تصح، إنما الخلاف في الجبر على إعطاء الكفيل في الحدود لا يجبر بالإجماع وفي القصاص لا يجبر عند أبي حنيفة وعند صاحبيه يجبر، وقال في الشامل في قسم المبسوط: وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس، ولا تجوز الكفالة بنفس الحدّ وقال في الشامل أيضاً في أواخر كتاب الكفالة من قسم المبسوط: لا تجوز كفالة في قصاص وحدٍّ، ويقول القاضي لمدَّعي القذف: ألزمه إلى قيامي إن كانت بينتك حاضرة عند أبي حنيفة وعندهما يأخذ كفيلاً ثلاثة أيام، ثم قال: والخلاف في أمر القاضي بإعطائه لا في الصحة، فإنه لو كفل إنسان صح، وذكر أبو الحسن الكرخي: أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم: إذا بذلها المطلوب بنفسه ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل إذا طلب الخصم؟ قال أبو حنيفة: لا يأخذ القاضي منه كفيلاً، ولكن يحبسه حتى تقام عليه البينة أو يستوفي، كذا ذكر في التحفة ثم لا يحبسه القاضي حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي فيشهد أنه زنى أو قتل فيحبسه القاضي حينئذٍ لثبوت التهمة بأحد شطري الشهادة من العدد والعدالة حتى يشهد عليه الشهود العدول اهـ غاية. **قوله: (ولو سمحت)** أي لو تبرع بإعطاء الكفيل وسامح في ذلك نفس المطلوب وبذل الكفيل بنفسه في القصاص وحد القذف والسرقة صحت الكفالة بالإجماع لأنه التزم تسليم النفس وتسليم النفس واجب اهـ غاية. **قوله: (وله قوله عليه الصلاة والسلام: لا كفالة في حد مطلقاً)** رواه البيهقي من حديث عبد الله بن عمرو اهـ وكتب على قوله: في حدٍّ مطلقاً يعني لم يفرق بين حدٍّ فيه حق العبد وبين حدٍّ هو خالص حق الله تعالى فلا تجوز الكفالة في جميع الحدود وهذا

طلب فيهما جاز بالإجماع لأن تسليم النفس مستحق على الأصيل فتصح الكفالة به بخلاف غيرهما من الحدود، والحق التمرتاشي حد السرقة بهما في حق جواز التكفيل **بنفس من عليه** بالإجماع وفي الإجبار عليه عندهما، وإنه جعل ذلك منه لأن الدعوى شرط فيه كما هو شرط فيهما، والمدعي يحتاج إلى أن يجمع بين شهوده ومطلوبه فربما يخفي المطلوب نفسه فيستوثق بكفيل بخلاف غيره من الحدود لأن الدعوى ليس بشرط فيها ولا يجب عليه حضور مجلس الحاكم بسبب الدعوى، إذ لا يسمع دعوى أحد فيها فلا تجوز الكفالة بها أصلاً، وإن طابت بها نفسه وسمحت **فإذا لم يكفل عنده** يلازمه إلى أن يقوم القاضي من مجلسه فإن أقام البينة فبها وإلا خلّى سبيله وليس تفسيراً لجبر عندهما هنا أن يجبر بالحبس وغيره من العقوبة **لكن يأمره بالملازمة** ويدور معه حيث دار، وإذا أراد دخول داره استأذنه فإن أذن له دخل معه، وإن لم يأذن له منعه من الدخول وأجلسه في باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع آخر.

قال رحمه الله: (ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل) أي لا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو واحد عدل يعرفه القاضي بالعدالة لأن الحبس هنا لتهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فتصلح لإثبات التهمة، وخبر الواحد حجة في الديانات والمعاملات فيثبت بشهادة العدل التهمة، وإن لم يثبت به أصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لأنه عليه الصلاة والسلام «حبس/ رجلاً بتهمة»[١] **بخلاف دعوى الأموال حيث لا يحبس** فيه ما لم يثبت **لأنه نهاية العقوبة فيه** فلا يثبت إلا بحجة تامة كالحد نفسه، وعنهما أنه لا يحبس في الحدود والقصاص أيضاً لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة. [١٨٤/أ ٢/١]

من كلام شريح لا من كلام النبي عليه الصلاة والسلام ذكره الخصاف في أدب القاضي[٢] عن شريح، وقال الصدر الشهيد: في شرح أدب القاضي روي هذا الحديث مرفوعاً إلى النبي ﷺ ولنا في رفعه نظر اهـ غاية. **قوله**: **(ومبناهما)** أي حد القذف والقصاص اهـ **قوله**: **(بنفس من عليه)** أي إذا سمحت به نفسه اهـ **قوله**: **(فإذا لم يكفل عنده)** أي عند أبي حنيفة اهـ **قوله**: **(لكن يأمره بالملازمة إلخ)** ليس المراد بالملازمة المنع من الذهاب لأنه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلا يتغيب اهـ **قوله**: **(بخلاف دعوى الأموال حيث لا يحبس إلخ)** والحبس بالتهمة ذكروه أيضاً في أوّل باب الحدود، قال الكمال

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) هو على مذهب أبي حنيفة للإمام أبي بكر، أحمد بن عمر الخصاف المتوفى سنة (٢٦١هـ)، رتب على ١٢٠ باب. انظر كشف الظنون (١/ ٤٦)، والفوائد البهية (٢٩).

قال رحمه الله: (وبالمال ولو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً بكفلت عنه بألف وبمالك عليه وبما يدركك في هذا البيع وما بايعت فلاناً فعليّ، وما ذاب لك عليه فعليّ وما غصبك فلان فعليّ) أي تصح الكفالة بالمال، **ولو كان المكفول به مجهولاً** بقوله: كفلت لأن الكفالة مشروعة فيه عليه إجماع الأمة وهي مبنية على التوسع فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد أن يكون متعارفاً، وعلى الكفالة بالدرك انعقد الإجماع مع أنه لا يعلم كم قدر ما يستحق من المبيع وكفى به حجة، وشرطه أن يكون ديناً صحيحاً كما ذكر لأنه إذا لم يكن الدين صحيحاً كبدل الكتابة لا تجوز الكفالة به، وتجوز الكفالة بالشجة وقطع الأطراف إذا لم يكن موجبه القصاص لأن الأرش دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف بدل الكتابة فإنه **ليس بدين صحيح**، ألا ترى أن المكاتب يملك إسقاطه.

في باب الحدود: وأما قوله: وقد حبس رسول الله ﷺ رجلاً بالتهمة فأخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن جدّه معاوية بن حيدة أن رسول الله ﷺ «حبس رجلاً في تهمة» زاد الترمذي والنسائي ثم خلى سبيله وحسنه الترمذي وصححه الحاكم، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك قال: أقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضجعان من مياه المدينة وعندها ناس من غطفان معهم ظهر لهم فأصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من إبلهم فاتهموا الغفاريين فأتوا بهما إلى رسول الله ﷺ فحبس أحد الغفاريين وقال للآخر اذهب فالتمس فلم يك إلا يسير حتى جاء بهما فقال النبي ﷺ لأحد الغفاريين: «استغفر لي فقال: غفر الله لك يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام: ولك وقتلك في سبيله قال: فقتل يوم اليمامة»[1] اهـ ما قال الكمال. (فرع يحفظ) الكفيل بأمر الأصيل إذا أدى المال إلى الدائن بعدما أدّى الأصيل ولم يعلم به لا يرجع على الأصيل لأنه شيء حكمي فلا يفترق فيه العلم والجهل كعزل الوكيل ضمناً قاله في القنية قبل باب الكفالة بالنفس اهـ **قوله: (لأنه نهاية العقوبة فيه)** وفي الحدود والقصاص أقصى العقوبة القتل والقطع والضرب فجاز الحبس قبل ثبوت القصاص والحدود اهـ غاية. **قوله: (ولو كان المكفول به إلخ)** وإنما قيد بذكر المكفول له والمكفول عنه لأنه إذا كان أحدهما مجهولاً لا تصح الكفالة، ألا ترى إلى ما قال في شرح الطحاوي: ولو قال: لرجل ما ذاب لك على أحد من الناس فهو عليّ فإنه لا يصح لجهالة المضمون عنه، وكذلك لو قال: ما ذاب عليك لأحد من الناس فهو عليّ فإنه لا يصح لجهالة المضمون له اهـ إتقاني. وكتب أيضاً ما نصه قال الولوالجي: ولو قال لرجل: ما بايعت فلاناً فهو عليّ جاز ذلك ولزمه كله قليلاً بايعه أو كثيراً مرة أو مراراً لأنه ليس في هذه الكفالة إلا جهالة المكفول به لأنه لا يدري ما بايع وهي

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣١١).

قال رحمه الله: (**وطالب الكفيل أو المديون إلا إذا شرط البراءة فحينئذٍ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة**) أي الطالب يخير إن شاء طالب الكفيل وإن شاء طالب الأصيل وكذا له أن يطالبهما معاً لأنه موجب الكفالة إذ هي تنبئ عن الضم، وذلك يقتضي بقاء الأول لا البراءة إلا إذا شرط براءة الأصيل فحينئذٍ تكون حوالة فلا يطالب الأصيل، كما إذا أحال بشرط أن لايبرأ المحيل فله أن يطالبه لما عرف أن العبرة للمعاني لا لمجرد اللفظ.

قال رحمه الله: (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر) لما ذكرنا بخلاف المغصوب منه إذا اختار أحد الغاصبين لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التمليك من الآخر بعد ذلك، وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء.

قال رحمه الله: (**ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط** وجوب الحق كإن استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء **كإن قدم زيد** وهو مكفول عنه أو لتعذره كإن غاب

لا تمنع صحة الكفالة بعد أن يكون المكفول عنه والمكفول له معلوماً اهـ **قوله: (فإنه ليس بدين صحيح)** أي لأن الدين الصحيح لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء اهـ غاية. **قوله في المتن: (وطلب)** كذا بخط الشارح وعبارة المتن وطالب اهـ **قوله: (بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة)** قال قاضيخان رحمه الله: رجل له على رجل مال فقال الطالب للمطلوب: أحلني بما لي عليك على فلان على أنك ضامن لذلك فهو جائز، وله أن يأخذ المال من أيهما شاء لأنه لما شرط الضمان على المحيل فقد جعل الحوالة كفالة لأن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة اهـ ومن هذا يعلم حكم ما يقع في زماننا من قول رب الدين للمدين أحلني على فلان واضمن لي صحة الحوالة اهـ **قوله وفي المتن: (ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم)** قال في القنية في باب تعليق الكفالة: بعد أن رقم لصاحب المحيط وقال تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وبغيره لا يصح، وأطلق القدوري رحمه الله في مختصره ويجوز تعليق الكفالة بالشروط قال الأقطع في شرحه: إذا كان الشرط لوجوب الحق أو لإمكان الاستيفاء جاز تعليقها به كقوله: إذا استحق المبيع أو قدم زيد لأن الاستحقاق للوجوب وقدوم زيد قد يسهل به الأداء بأن يكون مكفولاً عنه أو مضاربه، وإن كان الشرط بخلاف ذلك لم يجز كقوله: إن هبت الريح أو جاء المطر، ثم رقم لشرح أبي ذر إنما يجوز تعليق الكفالة بسبب وجوب الحق، فأما دخول الدار وقدوم زيد ليس من أسباب الحق فلا يجوز تعليق الضمان به قال رحمه الله: إلا أن الأصح ما ذكره أبو نصر أنه يصح بقدوم زيد، وقد نص عليه في تحفة الفقهاء اهـ **قوله: (كشرط)** هذا هو الثابت في نسخ المتن، وفي خط الشارح كشروط اهـ **قوله: (كإن قدم زيد إلخ)** لأن قدوم المكفول عنه سبب للوصول إلى

عن المصر) أي يجوز تعليق الكفالة بشروط ملائمة لا بمطلق الشرط، والملاءمة تثبت بكون الشرط سبباً لوجوبه كقوله: إن استحق المبيع فعليّ الثمن أو بكونه ممكناً من الاستيفاء كقوله: إن قدم فلان فعليّ ما عليه من الدين أو بكونه سبباً لتعذر الاستيفاء منه كقوله: إن غاب زيد فعليّ ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف:٧٢] فوجه التمسك بالآية أنه علق الكفالة بالشرط، وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل على المجيء بالصاع، وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم تنسخ ولا يقال: الكفيل من يكون ضامناً عن غيره، وهذا الكفيل ضامن عن نفسه لأنه هو الذي يجب عليه الأجرة لأنا نقول: أمكن حمل الآية على الكفالة بأن يكون رسولاً من جهة الملك، والرسول سفير فلا تجب عليه الأحكام كأنه يقول: إن الملك قال: لمن جاء به حمل بعير ثم يقول: هو من جهته وأنا بذلك الحمل الذي على الملك كفيل، ولا يقال: إن الآية تدل على أن الكفالة للمجهول جائزة، وأنتم لا تقولون به فلم تبق لكم حجة لأنا نقول: جاز أن تنسخ من هذا الوجه وتبقى معمولاً بها من جهة التعليق لإجماع الأمة على أن ضمان الدرك جائز ولو كان منسوخاً/ لما [١٨٤ب/٢] جاز، ثم الأصل فيه أنّ الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كقوله: **ما غصبك فلان فعليّ وجهالة المكفول له** أو المكفول عنه تمنع حتى لو قال: من غصبك

الأداء اهـ **قوله: (كقوله: ما غصبك فلان فعليّ)** وقال في الأجناس: أيضاً ولو قال: ما قضي لك به على فلان فعليّ أنه لا يلزم الكفيل ما أقر به المطلوب حتى يقضي به عليه، ولو مات المطلوب قبل أن يقضي عليه فخاصم الطالب ورثته أو وصيه فقضى له عليهم بحق لزم الكفيل ولو مات الكفيل لحقه في تركته، ذكره في تركة الأصل وفي نوادر هشام عن محمد لو قال لآخر ما غصبك فلان أو ما سرقك فإني له ضامن جاز ذلك الضمان، ولو قال: ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن فهو باطل حتى يسمي إنساناً بعينه، لأن تقديره ضمنت لك ما يجب على واحد من الناس، ولو صرح بذلك لم يجز ولا كذلك إذا سمى إنساناً بعينه لأنه لو صرح فقال: ما يجب لك على فلان فهو عليّ جاز، على هذا المعنى ذكر في كفالة الأصل لو قال: من بايع فلان اليوم من بيع فعليّ فبايعه غير واحد لم يلزم الكفيل شيء، لأن تقديره ضمنت لواحد من الناس فلم يصح ولو قال لقوم حاضرين: ما بايعتموه به من شيء فعليّ جاز لأنه قد ضمن لمعينين ولو قال: إن لم يعطك فلان ما لك فأنا ضامن له لم يلزم الضامن شيء حتى يتقاضاه الطالب فيقول: لا أعطيك ولو مات المطلوب قبل التقاضي فقال وارثه: أعطيك أو لا أعطيك فالمال يلزم الكفيل، وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال: إن تقاضيت فلم يعطك فأنا له ضامن فمات المطلوب قبل

من الناس أو بايعك أو قتلك فأنا كفيل لك عنه، أو قال: من غصبته أنت أو قتلته فأنا كفيل له عنك **لا يجوز إلا إذا كانت الجهالة في المكفول** عنه يسيرة مثل أن يقول: كفلت لك بمالك على أحد هذين فحينئذٍ يجوز فالتعيين إلى المكفول له لأنه صاحب الحق.

قال رحمه الله: (**ولا يصح بنحو إن هبت الريح وإن جعلا آجلاً** فتصح الكفالة ويجب المال حالاً) يعني لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر،

التقاضي بطل عن الضمان، وقال في المجرد[1]: قال أبو حنيفة: لو قال رجل لرجل: ما بايعت فلاناً فعليَّ فبايعه مرة بعد مرة يلزمه ثمن ما بايعه في أول مرة ولا يلزمه ثمن ما بايعه بعده، وفي نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كله هذه المسائل كلها مذكورة في الأجناس، ونقل في خلاصة الفتاوى عن الأصل رجل قال للمودع: إن أتلف المودع وديعتك أو جحد فأنا ضامن لك صح، ولو قال: إن قتلك أو ابنك فلان خطأ فأنا ضامن صح بخلاف إن أكلك سبع اهـ إتقاني. قال الكمال: بخلاف إن أكلك سبع ونحوه مما ليس ملائماً كإن دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق، وكذا إذا جعل كل منهما أجلاً يعني من هبوب الريح ومجيء المطر كأن يقول: كفلت لك بما لك عليه إلى أن تهب الريح أو إلى أن يجيء المطر لا يصح إلا أن الكفالة تثبت حالَّة ويبطل الأجل بخلاف ما لو علقهما بهما نحو إذا هبت الريح فقد كفلت لك بما لك عليه فإن الكفالة باطلة أصلاً، ولو جعل الأجل الحصاد والدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل، فالحاصل أن الشرط الغير الملائم لا يصح مع الكفالة أصلاً ومع الأجل الغير الملائم تصح حالَّة ويبطل الأجل اهـ **قوله: (وجهالة المكفول له)** قال الولوالجي ولو قال لقوم: ما بايعتموه أنتم وغيركم فهو عليَّ لزمه دين من خاطبهم ولم يلزمه دين غيرهم لأن المخاطبين معلومون وغيرهم مجهولون اهـ **قوله: (لا يجوز إلا إذا كانت الجهالة في المكفول)** قال قاضيخان في كتاب الإقرار قبيل فصل إقرار المريض: رجل قال لغيره من بايعك بشيء فأنا كفيل عنك بثمنه لم يجز، ولو قال من بايعك من هؤلاء وأشار إلى قوم معينين معدودين فأنا كفيل عنك بثمنه جاز اهـ **قوله في المتن: (ولا يصح بنحو إن هبت الريح)** اعلم أن نسخ المتن قد اختلفت في هذا الموضع ففي نسخة وعليها شرح الزيلعي رحمه الله كما شاهدته في خطه هكذا ولا يصح بنحو إن هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالاً وعلى هذه النسخة يكون ما نسبه الزيلعي من

---

(١) اسمه المجرد في فروع الحنفية للإمام أبي القاسم إسماعيل بن الحسين بن عبد الله البيهقي، اختصر فيه المبسوط والجامعين والزيادات ثم شرحه وسماه الشامل. انظر كشف الظنون (١٥٩٣/٢).

فإن علق به تصح الكفالة ويجب المال حالاً **هكذا ذكر في الهداية والكافي**، وهذا سهو فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لأن الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضيخان وغيره، **ولو جعل الأجل في الكفالة إلى هبوب الريح لا يصح** التأجيل ويجب المال حالاً، وكذا الكفالة بالنفس يجوز تعليقها بشرط ملائم كالكفالة بالمال في جميع ما ذكرنا، ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم ويجوز تأجيلها إلى أجل معلوم، والجهالة اليسيرة فيها متحملة كالتأجيل إلى القطاف وقدوم الحاج، ولا يجوز إلى هبوب الريح أو نزول المطر فإن أجله إليه بطل الأجل ولزمه تسليم النفس حالاً.

قال رحمه الله: (فإن كفل بما له عليه فبرهن على ألف لزمه) يعني إذا تكفل رجل بما له على فلان فأقام الطالب البينة على أن له عليه ألف درهم **لزم الكفيل** لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، وإن لم يقم فلا يجب عليه شيء لأن قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه ولا على الكفيل لأنه مدّع فلا يقبل قوله إلا ببينة.

قال رحمه الله: (وإلا صدق الكفيل فيما أقرّ بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل) يعني إذا أقرّ الكفيل بشيء والمسألة بحالها وادّعى الطالب أكثر من ذلك كان القول قول الكفيل، لأنه منكر ولو أقرّ المكفول عنه بأكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه، لأن الإقرار على الغير لا ينفذ **إلا إذا كان عن ولاية**، وهذا بخلاف ما إذا قال: ما ذاب لك على فلان فعليَّ فأقر فلان على نفسه بألف درهم

السهو للهداية والكافي منسوباً لعبارة الكنز، والذي في غالب نسخ المتن وجرى عليه جمع من الشراح هكذا ولا يصح بنحو إن هبت الريح فإن جعل أجلاً تصح الكفالة ويجب المال حالاً ولا سهو في عبارة الكنز على هذا. **قوله**: **(فإن علق به تصح)** كقوله: إن هبت الريح فأنا ضامن أو إن نزل المطر فأنا كفيل اهـ **قوله**: **(هكذا ذكر في الهداية والكافي)** صاحب الهداية قلد صاحب المبسوط في هذا الاستعمال فإنه ذكر فيه التعليق وأراد به التأجيل بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال اهـ دراية. **قوله**: **(ولو جعل الأجل في الكفالة إلى هبوب الريح لا يصح)** كما إذا قال: كفلت بكذا إلى أن تمطر السماء أو تهب الريح اهـ **قوله**: **(لزم الكفيل)** لأنه أي الكفيل ضمن بما عليه وقد ظهر بالبينة أن ما على المكفول عنه ألف والثابت بالبينة كالثابت عياناً فصار كأنه ضمن بالألف التي عليه اهـ **قوله**: **(إلا إذا كان عن ولاية)** قال الإتقاني: أما إذا عجز الطالب عن البينة فالقول قول الكفيل في مقدار ما أقر به، لأنه مال مجهول لزمه بقوله فكان القول قوله كما إذا أقرّ بشيء مجهول، وإنما اعتبر قول الكفيل مع اليمين لأن من جعل القول قوله فيما كان هو خصماً فيه، والشيء

مثلاً فأنكر الكفيل ما أقرّ به حيث يلزمه ما أقرّ به المطلوب استحساناً، **والقياس أن لا يلزمه شيء لما بينا** وجه الاستحسان أنه تكفل بما تقرر له عليه في المستقبل، وقد تقرّر عليه بإقراره وهذا لأنه متكفل بما سيجب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يأتي بأي طريق كان، وفي مسألة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فإذا أخبر الطالب أو المطلوب بما عليه كان متهماً فلا يصدق ما لم يقم البينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لإقراره عليه كالمريض إذا أقرّ بدين يرد إقراره في حق غرماء الصحة ويقبل في حق نفسه حتى إذا فضل شيء من غرماء الصحة كان للمقرّ له.

قال رحمه الله: (**فإن كفل بأمره رجع بما أدّى عليه**) **لأنه قضى دينه بأمره** معناه إذا أدّى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور عليه وغير عبد محجور عليه،

مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال، وأما إذا أقرّ المكفول عنه بأكثر مما يعترف به الكفيل لم يصدق في أكثر على الكفيل لأن إقرار المكفول عنه تضمن شيئين أحدهما على نفسه، والآخر على الكفيل فيصدق في إقراره على نفسه، لأن له ولاية على نفسه ولا يصدق على الكفيل لعدم ولايته عليه قال في الشامل في قسم المطلوب: ما ذاب لك على فلان فهو عليّ أو ما ثبت أو ما قضي عليه فأقرّ المطلوب بمال لزم الكفيل إلا قوله ما قضي عليه لم يلزمه إلا أن يقضي القاضي لأن قوله: ما ذاب أي حصل وقد حصل بإقراره، ولو قال ما لك أو ما أقرّ لك به أمس فقال المطلوب: أقررت له بألف لم يلزم الكفيل لأنه قبل مالاً واجباً عليه لا مالاً واجباً عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب فإن قال: ما أقرّ فأقرّ في الحال يلزمه لأنه لم يقل: ما كان أقرّ لك ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضي لم يلزم الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل بذل إلى هنا لفظ الشامل اهـ **قوله**: (**والقياس أن لا يلزمه شيء لما بينا**) وكذا لو قال: ما بايعته فعليّ، فقال المكفول عنه: بايعني وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل بذلك استحساناً بدون بينة اهـ خلاصة. **قوله في المتن**: (**فإن كفل بأمره رجع إلخ**) رجل كفل عن رجل بمال بغير أمره ثم أجاز المكفول عنه الكفالة فأدّى الكفيل شيئاً لا يرجع على المكفول عنه اهـ قاضيخان. وسيأتي في كلام الشارح قبيل كتاب الحوالة معلله اهـ وكتب ما نصه: ثم ينبغي لك أن تعرف أن رجوع الكفيل على المكفول عنه إذا وجد الأمر إنما يكون إذا كان المكفول عنه ممن يجوز إقراره على نفسه بالدين ويملك التبرع وإلا فلا وبه صرح في التحفة وكفاية البيهقي وغيرهما، حتى أن الصبي المحجور إذا أمر رجلاً أن يكفل عنه فكفل وأدّى لا يرجع لأن الأصيل مستقرض عن الكفيل معنى واستقراض الصبي لا يتعلق به ضمان، بخلاف استقراض البالغ، وأما العبد المحجور لا يرجع عليه إلا بعد العتق لأن أمره صحيح في حق نفسه دون مولاه اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأنه قضى دينه بأمره**) أي لأن الكفالة إذا كانت بأمر كانت بمعنى القرض كأنه قال: أقرضني كذا وادفعه إلى فلان، وذلك جائز فكذلك هذا اهـ إتقاني.

أما إذا أدّى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيداً فأدّى رديئاً **أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به** لا بما أدّى لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب، كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه **أو وهبه** له حال حياته وهي جائزة للكفيل، وإن كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لأنه/ ينتقل الدين إليه [١٨٥ أ ٢/] بمقتضى الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة أو يجعل كدينين للضرورة أو نقول: بوجوبه عليه للضرورة فلا يجب عليه أن يسامح الأصيل بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدّى إن أدّى أردأ من الدين، وإن أدّى أجود منه لا يرجع إلا بالدين لأنه لم يلتزم ولم يجب عليه شيء في ذمته، وإنما يثبت له حق الرجوع بالأداء بأمره، ولهذا لو وهبه الدين لا يملكه فيرجع عليه بما أدّى ما لم يخالف أمره بالزيادة أو بأداء جنس آخر، وبخلاف ما إذا صالح على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع إلا بقدر ما أدّى لأن الصلح على الأقل إبراء فيكون إبراء عنه لا تمليكاً إلا إذا صالحه على أن يهبه الباقي **ففعل**، فحينئذٍ يرجع عليه بجميعه لأنه ملك الدين كله بعضه بالأداء وبعضه بالهبة، وأما إذا تكفل بأمر الصبي أو العبد المحجور عليهما فلأن الأمر بالكفالة استقراض منه من المأمور واستقراضهما لا يصح ولا يوجب الضمان وإنما لزم الكفيل المال بالتزامه لأن صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره لا أمر الآمر بخلاف الصبي والعبد المأذون لهما لأن أمرهما بالكفالة بالمال والنفس صحيح، وإن لم يملكا أن يتكفلا عن أحد لكونه تبرعاً فيرجع عليهما الكفيل.

قال رحمه الله: (وإن كفل بغير أمره لم يرجع) لأنه متبرع بأدائه عنه وفيه خلاف مالك رحمه الله.

قال رحمه الله: **(ولا يطالب الأصيل بالمال قبل أن يؤدّي عنه)** لأنه التزام المطالبة

قوله: (أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به) قال في التحفة: ثم الكفيل يرجع بما ضمن لا بما أدّى لأنه ملك ما في ذمة الأصيل حتى إنه إذا كان عليه دراهم صحاح جياد فأدّى زيوفاً، وتجوّز به صاحب الدين فإنه يرجع بالجياد، وكذا لو أدّى عنها من المكيل والموزون أو العروض فإنه يرجع بالدراهم بخلاف الوكيل بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدّى لا بما على الغريم وبخلاف الصلح إذا صالح من الألف على خمسمائة فإنه يرجع بخمسمائة لا بالألف لأنه إسقاط البعض اهـ إتقاني. **قوله: (أو وهبه)** يعني إذا وهب المكفول له للكفيل المال المكفول به يرجع الكفيل على المكفول عنه بالمكفول به، وكتب ما نصه قال في شرح الطحاوي: ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج إلى القبول فإذا قبل كان له أن يرجع على الأصيل كما إذا أدّى اهـ إتقاني. قوله: ولو وهب أي الطالب اهـ قوله له أي الكفيل اهـ **قوله: (ففعل)** كما لو صالحه على ألف على مائة على أن يهبه الباقي فإن الكفيل يرجع

وإنما يتملك الدين بالأداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأن الوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشتري فيما يرجع إلى الحقوق لما أنه انعقد بينهما مبادلة حكمية حتى لو اختلفا في مقدار الثمن تحالفا وكان للوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل إلى أن يوفي الثمن كما كان ذلك للبائع إذ هو استفاد الملك من جهته فكذا له أن يطالبه بالثمن قبل أن يؤدي كما كان للمشتري أن يطالب المشتري منه إذا باع المبيع قبل أن يوفي الثمن إلى البائع.

قال رحمه الله: **(فإن لوزم لازمه)** أي إن لوزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الأصيل حتى يخلصه، وكذا إذا حبس له أن يحبسه لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة ولحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله حتى يخلصه من ذلك، إذ تخليصه واجب عليه.

قال رحمه الله: **(وبرئ بأداء الأصيل)** أي برئ الكفيل بأداء الأصيل لأن الأصيل

حينئذٍ بألف اهـ **قوله في المتن: (ولا يطالب الأصيل بالمال قبل أن يؤدي عنه)** أي لأن الكفيل كالمقرض معنى والمقرض لا يرجع على المستقرض ما لم يقرض، فكذا الكفيل لا يرجع على المكفول عنه ما لم يؤد اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله في المتن: (فإن لوزم لازمه)** اعلم أن الكفيل بالأمر إذا طولب طالب الأصيل وإذا حبس حبسه، وإذا أدّى رجع عليه إذا لم يكن على الكفيل دين مثله للمكفول عنه، وأما إذا كان عليه دين مثله للمكفول عنه، فليس للكفيل ملازمة الأصيل ولا له أن يحبسه إذا حبس ولا له أن يرجع عليه إذا أدَّى ولكنه يسقط عنه دين المكفول عنه، كذا في شرح الطحاوي هذا كله إذا كانت الكفالة بأمر من عليه، أما إذا كانت الكفالة بغير أمر فليس للكفيل الرجوع والمطالبة والحبس للأصيل لأن الكفيل متبرع اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وبرئ بأداء الأصيل)** قال الإتقاني: وجملة القول هنا ما قال في شرح الطحاوي: وإذا أبرأ المكفول له المطلوب عن الدين وقبل ذلك برئ الأصيل والكفيل جميعاً، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل وبراءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل، إلا أنه إذا أبرأ الأصيل يشترط في ذلك قبوله أو يموت قبل القبول والرد وقام ذلك مقام القبول، ولو ردَّه ارتد ودين الطالب على حاله واختلف مشايخنا في ذلك أن الدين هل يعود إلى الكفيل أم لا، قال بعضهم: يعود، وقال بعضهم: لا يعود، ولو أبرأ الكفيل صح الإبراء قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الأصيل، ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج إلى القبول، فإذا قبل كان له أن يرجع على الأصيل كما إذا أدَّى، وفي الكفيل حكم إبرائه والهبة يختلف في الإبراء لا يحتاج إلى القبول، وفي الهبة والصدقة يحتاج إلى القبول وفي الأصيل يتفق حكم إبرائه في الهبة والصدقة فيحتاج إلى القبول في الكل ولو كان الإبراء والهبة والصدقة بعد موته فقبل ورثته صح ولو رد ورثته ارتد وبطل الإبراء عند

يبرأ بالأداء **وبراءته توجب براءة الكفيل** لأنه ليس عليه دين في الصحيح، وإنما عليه المطالبة فقط ويستحيل أن تبقى المطالبة بدون الدين.

قال رحمه الله: (ولو أبرأ الأصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه) أي لو أبرأ الطالب الأصيل أو أجل دينه برئ الكفيل وتأجل الدين في حقه أيضاً لما ذكرنا أنه ليس عليه إلا المطالبة وهي تبع للدين فتسقط بسقوطه، وتتأخر بتأخره بخلاف ما إذا تكفل بشرط براءة الأصيل ابتداءً حيث يبرأ الأصيل وحده دون الكفيل، لأن الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة مجازاً، واللفظ إذا أريد به المجاز سقطت الحقيقة فصار الكفيل محالاً عليه، وبراءة المحيل لا توجب براءته على أنه لا يبرأ المحيل عن الدين فيها في رواية والأحكام تشهد به، ألا ترى أنه لو توى يرجع عليه وإذا مات المحيل كان المحتال أسوة الغرماء في المال المحتال به كأنه مات وعليه دين له، ولغيره يحققه أن الدين فيها لم يسقط بالاتفاق وإنما تحوّل من ذمة إلى ذمة إما الدين أو المطالبة على اختلاف الراويتين، وذلك لا يوجب سقوطه ولا سقوط تبعه فلا يرد / علينا أصلاً. [١٨٥ ب/٢]

قال رحمه الله: **(ولا ينعكس)** أي براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل ولا تأخيره عنه يوجب التأخير عن الأصيل لأن الكفيل ليس عليه دين على ما بينا،

أبي يوسف، لأن الإبراء بعد الموت إبراء للورثة، وقال محمد: يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات إلى هنا لفظ الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي اهـ **قوله: (وبراءته توجب براءة الكفيل)** أي لأن الكفالة لا تكون إلا فيما يكون مضموناً على الأصيل وقد سقط الضمان على الأصيل بالأداء أو الإبراء فيسقط عن الكفيل أيضاً لأن وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوب الضمان على الأصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولا ينعكس)** قال الإتقاني رحمه الله: قال في شرح الطحاوي: وإذا أخر الطالب الدين عن الكفيل إلى مدة فقبل الكفيل هذا التأخير معه صح التأخير عن الكفيل خاصة ولا يكون ذلك تأخيراً عن الأصيل، ولو رد الكفيل التأخير ارتد بخلاف الإبراء للكفيل إنه لا يرتد برده ولو أخر الدين عن الأصيل تأخر عنهما جميعاً لأن ضمان الكفيل تبع لضمان الأصيل، وضمان الأصيل ليس يتبع لضمان الكفيل، ولو كان له على رجل دين مؤجل فأخذ منه كفيلاً ثبت على الكفيل مؤجلاً ولو كان الدين على الأصيل حالاً وكفل عنه رجل للطالب مؤجلاً صحت الكفالة وتأخر الدين عنهما لأن الأجل ألحق بالدين والدين على الأصيل إلا أن يشترط الطالب وقت الكفالة الأجل لأجل الكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الأصيل ولو أن الكفيل أحال المكفول له على رجل فقبل المكفول له والمحتال عليه الحوالة فقد برئ الكفيل والمكفول عنه، لأن الكفالة حصلت بأصل الدين وأصل

وإسقاط المطالبة أو تأخيره لا يوجب سقوط الدين ولا تأخره، ألا ترى أن للدين وجوداً بدونه ابتداء فكذا بقاء **بخلاف ما إذا تكفل** بالمال الحال **مؤجلاً إلى شهر مثلا** حيث يتأجل عن الأصيل أيضاً لأنه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة **فانصرف الأجل إلى الدين.**

قال رحمه الله: (ولو صالح أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئا) أي صالح الأصيل أو الكفيل الطالب على خمسمائة عن الألف التي عليه برئ الكفيل والأصيل، أما إذا صالح الأصيل فظاهر لأنه بالصلح برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا، وأما إذا صالح الكفيل فلأن إضافة الصلح إلى الألف إضافة إلى ما على الأصيل لأن الكفيل ليس عليه دين وإنما عليه المطالبة على ما بيّنا فيبرأ الأصيل عن الدين ضرورة إضافة الصلح إلى الألف وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا، فإذا برئا عن خمسمائة بصلح أحدهما أيهما كان، فإن أدى الكفيل الخمسمائة الباقية رجع إلى الأصيل بها إن كان بأمره وإلا فلا يرجع لما عرف **ثم هذه المسألة على أربعة أوجه** إما أن يذكر في الصلح براءتهما فيبرآن جميعاً أو براءة الأصيل فكذا

الدين كان على المكفول عنه فلذلك تضمنت هذه الحوالة براءتهما جميعاً ولو اشترط الطالب وقت الحوالة إبراء الكفيل خاصة برئ الكفيل ولا سبيل له على الكفيل[1] المال على المحتال عليه اهـ **قوله: (بخلاف ما إذا تكفل إلخ)** نص عليه في الكافي اهـ **قوله: (مؤجلاً إلى شهر مثلاً)** قال في المحيط: ولو كان المال حالاً فكفل به إنسان مؤجلاً بأمر المكفول به وطلبه فإنه يجوز ويكون تأجيلاً في حقهما استحساناً في ظاهر الرواية، وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه حال على الأصيل مؤجل في حق الكفيل لأن التأجيل وجد في حق الكفيل خاصة فلا يتغير الحكم في حق الأصيل كما لو أجله بعد الكفالة وجه ظاهر الرواية أنه أضاف الأجل إلى نفس الدين فتكون المطالبة عليه ابتداء مؤجلة، ولن تكون المطالبة عليه مؤجلة ابتداء إلا بعد ثبوت التأجيل في حق الأصيل فيتأجل في حق الأصيل فيتأجل في حقهما بخلاف ما لو كفل حالاً ثم أجله بعد الكفالة لا يتأجل عن الأصيل لأنه أضاف التأجيل إلى من عليه المطالبة لا إلى الدين فلم يتغير الحكم في حق الأصيل اهـ **قوله: (فانصرف الأجل إلى الدين)** أي وإن كان قرضاً وهذه حيلة في تأجيل القرض اهـ تبياني وكتب ما نصه ذكر في المحيط: الكفالة بالقرض إلى أجل جائزة وهو حال على الأصيل ومثله في خزانة الأكمل، وشرح التكملة ولا يلتفت إلى ما قاله العلامة الحصيري في التحرير[2]: من تأجيله على الأصيل فإنه مخالف لعامة الكتب، كذا قال الشيخ قاسم في

---

(١) يوجد سقط في الكلام.

(٢) هو شرح مطول على الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني واسمه النحر، شرحه الإمام جمال الدين محمود بن أحمد البخاري المعروف بالحصيري المتوفى سنة (٦٣٦هـ). انظر كشف الظنون (١/٥٦٨).

الحكم، أو لم يشترط شيء فكذلك أيضاً، أو شرط أن يبرأ الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والألف على حاله على الأصيل.

قال رحمه الله: (وإن قال الطالب للكفيل: برئت إليّ من المال **رجع على المطلوب) أي الكفيل يرجع على المكفول عنه** لأن هذا إقرار منه بالقبض من الكفيل لأن البراءة التي يكون ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء منه، فصار كأنه قال: دفعت إليَّ أو نقدتني أو قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على واحد منهما لإقراره بالاستيفاء من الكفيل.

قال رحمه الله: (**وفي برئت أو أبرأتك لا**) أي في قوله للكفيل: برئت أو أبرأتك لا يرجع الكفيل على الأصيل لأنه لم يقر بالاستيفاء منه لأن قوله: برئت من غير أن يقول: إلى محتمل يحتمل أنه برئ بإبرائه ويحتمل أنه بريء بالأداء فلا يثبت له الرجوع بالشك وهذا عند محمد، وقال أبو يوسف: يرجع عليه لأنه لا يحتمل إلا البراءة بالقبض لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب لأنه نسب البراءة إليه ولا يقدر المطلوب أن يبرأ إلا بالأداء بأن يضع المال بين يديه ويخلي بينه وبين المال فيبرأ بذلك، وإن لم يوجد من الطالب صنع ولهذا لو كتب وقال: برئ الكفيل من المال يكون إقراراً منه بالقبض إجماعاً فكذا هذا إذ لا فرق بينهما من حيث اللفظ، وفرق محمد رحمه الله بينهما أن الصك لا يكتب عادة إلا إذا كانت البراءة بالإيفاء، وإن كانت بالإبراء لا يكتب وقوله: **أبرأتك ابتداء إسقاط لا إقرار منه بالقبض**، ألا ترى أنه

حاشية المجمع لابن فرشتادكره قبيل فصل الربا اهـ **قوله: (ثم هذه المسألة على أربعة أوجه إما أن يذكر الخ)** أي كان يقول الكفيل مثلاً للطالب: صالحتك عن الألف التي عليّ على خمسمائة على أني والمكفول عنه بريئان من الخمسمائة الباقية برئا جميعاً، والطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار إن شاء أخذها من الكفيل والكفيل يرجع على الأصيل إن كان بأمره، وإن شاء أخذها من الأصيل اهـ **قوله في المتن: (رجع على المطلوب)** أي والطالب بالخيار إن شاء أخذ جميع دينه من الأصيل، وإن شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى إن كان الصلح بأمره اهـ إتقاني. **قوله: (الكفيل يرجع على المكفول عنه)** أي بجميع الدين لأن لفظ إلى لانتهاء الغاية والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهى في هذا التركيب فلا بدّ أن يكون ثم مبتدأ وليس إلا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين، وهذا معنى الإقرار من رب الدين بالقبض من الكفيل، كأنه قال: دفعت إليّ فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الأصيل إن كان كفل بأمره والحوالة كالكفالة في هذا اهـ كمال. **قوله في المتن: (وفي برئت أو أبرأتك لا)** ذكر المصنف رحمه الله ثلاث مسائل اثنتان لا خلاف فيهما

كيف نسب الفعل إلى نفسه والكفيل لا يملك الدين بالإبراء فلا يرجع به على الأصيل بخلاف ما إذا أدَّى أو وهبه الطالب على ما مر، وبخلاف الوكيل بالشراء إذا أبرأه البائع عن الثمن حيث يرجع به على الموكل لملكه ما في ذمته، وهذا كله فيما إذا كان الطالب غائباً، وإن كان حاضراً يرجع إليه في بيانه في الكل أنه أوفاه أو أبرأه ليزول الاحتمال ويثبت حكمه.

قال رحمه الله: (**وبطل تعليق البراءة من الكفالة** بالشرط) لأن في الإبراء معنى التمليك كالإبراء عن الدين وهذا على قول من يقول/ [١٨٦ أ/٢] بثبوت الدين على الكفيل ظاهر، وكذا على قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لأن فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لأنها وسيلة إليه، والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط **وقيل: يصح** لأن الثابت فيها على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطاً محضاً كالطلاق والعتاق، ولهذا لا يرتد إبراء الكفيل بالرد لأن الإسقاط يتم بالمسقط بخلاف التأخير عن الكفيل حيث يرتد بالرد لأنه ليس بإسقاط بل هو خالص حق المطلوب فيرتد بالرد، وبخلاف الإبراء عن الدين لأن فيه معنى التمليك.

قال رحمه الله: (**والكفالة** بحد **وقود ومبيع** ومرهون وأمانة) يعني الكفالة بهذه الأشياء باطلة، أما الكفالة باستيفاء الحد أو القصاص **فلأن الكفالة إنما تصح بمضمون تجري النيابة في إيفائه** ولا تجري النيابة في العقوبات لأن المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد فلا يمكن إقامتها على غير الجاني لعدم الفائدة، وأما الكفالة بالمبيع والمرهون والأمانات كلها فلأن الكفالة من شرط صحتها أن يكون المكفول

وهما قوله: برئت إليّ وأبرأتك اهـ **قوله: (أبرأتك ابتداء إسقاط لا إقرار منه بالقبض)** حتى كان للطالب أن يأخذ الأصيل به اهـ كمال. وكتب ما نصه لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل اهـ غاية. وكتب ما نصه قال الإتقاني: لأن البراءة في هذه الصورة ابتداؤها من الطالب والبراءة التي ابتداؤها من الطالب لا تكون إلا بالإسقاط اهـ **قوله في المتن: (وبطل تعليق البراءة من الكفالة إلخ)** اعلم أن تعليق الكفالة بشرط ملائم يصح عندنا وقد مر بيانه، أما تعليق البراءة من الكفالة لا يجوز مثل أن يقول: إذا جاء غد فأنت بريء من الكفالة وذلك لأن في الإبراء معنى التمليك والتمليكات لا يجوز تعليقها بالشروط لإفضائها إلى معنى القمار قاله الإتقاني، وقال الكمال: قوله: ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط أي بالشرط المتعارف مثل إن عجلت لي البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة. **قوله: (وقيل: يصح)** أي قيل: تعليق البراءة من الكفالة صحيح اهـ **قوله في المتن: (والكفالة بحد وقود ومبيع)** يعني إذا تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لأنه عين لا يمكن أداؤه من الكفيل إذا هلك، والمراد الكفالة بعين المبيع لأنه إذا كفل بتسليم المبيع جاز اهـ **قوله:**

به مضموناً على الأصيل بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه إلا بدفعه أو بدفع بدله لأن الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل فلا بد أن يكون واجباً على الأصيل ومضموناً عليه حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وإنما هو مضمون بالثمن، ألا ترى أنه لو هلك لا يجب عليه شيء بل ينفسخ البيع، وكذا الرهن غير مضمون عليه بنفسه وإنما يسقط دينه إذا هلك فلا يمكن إيجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الأصيل، وكذا الأمانة ليست بمضمونة على الأصيل لا عينها ولا تسليمها وهي كالودائع والمضاربات والشركات فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها.

قال رحمه الله: (**وصح لو ثمناً** ومغصوباً ومقبوضاً على سوم الشراء **ومبيعاً** فاسداً) يعني إن كان ثمن المبيع يصح إلخ لأن الثمن دين صحيح مضمون على المشتري والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمبيع في البيع الفاسد مضمون عليه حتى إذا هلكت عنده يجب الضمان عليه، إذ القيمة تقوم مقامه فأمكن إيجابه على الكفيل بخلاف الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والرهن، وبخلاف الأمانات على ما تقدم **ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم** العين سواء كانت مضمونة أو أمانة لأن تسليم العين واجب على الأصيل فأمكن التزامه فصار نظير الكفيل بالنفس، لأنه ما دام قائماً يجب عليه تسليمه، وإن هلك يبرأ كالكفالة بالنفس وقيل: إن كان تسليمه واجباً على الأصيل كالعارية والإجارة جازت الكفالة بتسليمه، وإن كان غير واجب كالوديعة والإجارة لا تجوز الكفالة بتسليمه لأن التسليم غير واجب عليه فلا يمكن إيجابه على الكفيل.

قال رحمه الله: (**وحمل دابة** معينة مستأجرة **وخدمة عبد** استؤجر للخدمة)

(**فلأن الكفالة إنما تصح بمضمون تجري النيابة في إيفائه**) أي وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تجوز الكفالة به كالحدود والقصاص هذا لفظ القدوري في مختصره، قال صاحب الهداية: معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه يعني أن الكفالة بنفس الحد لا تجوز، أما الكفالة بنفس من عليه الحد فتجوز لأن الكفالة بتسليم النفس إلى باب القاضي واجب بخلاف الكفالة بنفس الحد فإنها لا تجوز لأن العقوبات لا تجرى فيها النيابة لعدم حصول المقصود لأن المقصود الزجر وهو لا يتحقق بالنائب اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وصح لو ثمناً**) قال القدوري: وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز، قال الأقطع: وذلك لأنه دين صحيح يمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة به كالقرض اهـ **قوله**: (**أو مبيعاً**) كذا بخط الشارح والذي في نسخ المتن بالواو. **قوله**: (**ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم**) العين نحو أن كفل عن البائع تسليم المبيع إلى المشتري أو كفل عن المرتهن تسليم الرهن

يعني لا تجوز الكفالة بالحمل فيما إذا استأجر دابة معينة للحمل عليها، ولا بالخدمة فيما إذا استأجر عبداً للخدمة لأن من شرطها أن يكون قادراً على التسليم وهنا لا يقدر لأنه استحق عليه الحمل على دابة معينة، والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الأجرة لأنه أتى بغير المعقود عليه، ألا ترى أن المؤجر لو حمله على دابة أخرى لا يستحق الأجرة فصار عاجزاً ضرورة، وكذا العبد للخدمة بخلاف ما إذا كانت الدابة غير معينة لأن المستحق على المؤجر الحمل والكفيل يقدر على ذلك بأن يحمله على دابة/ نفسه، **ولو تكفل بتسليم الدابة** فيما إذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في المبيع. [١٨٦ب/٢]

إلى الراهن أو كفل عن الآجر بتسليم المستأجر إلى المستأجر اهـ **قوله في المتن: (وحمل دابة إلخ)** قال القدوري رحمه الله في مختصره: ومن استأجر دابة للحمل فإن كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة، قال الشيخ أبو نصر الأقطع رحمه الله: وذلك لأن الدابة إن كانت معينة فالواجب على المؤجر تسليم الدابة دون الحمل فإذا تكفل بالحمل فقد تكفل بما لا يجب على المكفول عنه فلا يصح، وليس كذلك إذا كانت الدابة غير معينة لأن الذي يلزم المؤجر الحمل وهو مما يمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة به اهـ قال الإتقاني رحمه الله: وقال في المبسوط: ولو تكارى دابة أو عبداً وعجل الأجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه إليه فإن الكفيل يؤاخذ به ما دام حياً لأن التسليم مستحق على الأصيل وهو مما تجري فيه النيابة فتصح الكفالة به فلو هلك المستأجر لم يكن له على الكفيل شيء، لأن الإجارة انفسخت وخرج الأصيل من أن يكون مطالباً بتسليم العين وإنما عليه ردّ الأجر والكفيل ما كفل بالأجر اهـ وكتب على قوله: وحمل دابة ما نصه بالجر عطف على قوله: بحدّ وقصاص أي بطل الكفالة بحمل دابة اهـ عيني. **قوله في المتن: (وخدمة عبد)** بالجر أيضاً عطف على قوله: وحمل دابة أي وبطل الكفالة أيضاً بخدمة عبد اهـ (فرع) قال قاضيخان: رجل قال لجماعة: اشهدوا أني قد ضمنت لهذا الرجل بالألف التي له على فلان ثم إن المديون أقام بينة أنه كان قد قضاه قبل أن يضمنه الكفيل قبلت بينته ويبرأ المطلوب عن دين الطالب ولا يبرأ الكفيل عن دين الطالب، لأن قول الكفيل ذلك كان إقراراً بالدين عند الكفالة فلا يبرأ الكفيل ولو أقام المديون بينة على القضاء بعد الكفالة برئ الكفيل والمديون جميعاً **قوله: (ولو تكفل بتسليم الدابة إلخ)** قال قاضيخان رحمه الله: رجل كفل على رجل بمال والطالب غائب والمكفول عنه حاضر فأجاز الغائب بعد ذلك لا تصح الكفالة في قول أبي حنيفة ومحمد، وتصح في قول أبي يوسف، ولو كان المكفول عنه غائباً والطالب حاضر

قال رحمه الله: (وبلا قبول الطالب في مجلس العقد) يعني لا تصح الكفالة بلا قبول المكفول له في مجلس العقد وقال أبو يوسف رحمه الله: تصح والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل: عنده يشترط القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل إذا بلغه بعد القيام من المجلس فأجاز جاز ذكر قوليه في المبسوط في موضعين فشرط الإجازة في أحدهما دون الآخر وجه قوله الأول: أن الكفالة التزام مطالبة من غير أن يجب بمقابلته على غيره شيء فيصح كالإقرار، وهذا لأنه تصرف التزام في ذمته وله عليها ولاية ولا ضرر على الطالب فيه فيتم به وحده كالنذر، وجه قوله الثاني أنه تصرف للغير فيتوقف على رضاه كسائر العقود وعبارة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين، وإن كان فضولياً كما في نكاح الفضولي فإنه ينعقد عند الإذن بعبارة واحدة فكذا عند عدم الإذن وإنما تأثير الإذن عنده في اللزوم دون الانعقاد، ألا ترى أن البيع لما كان ينعقد عند الإذن بعبارتين كان كذلك في الفضولي، ولهما أنه عقد تمليك فشرطه لا يتوقف على ما وراء المجلس كسائر العقود، ولأنه تبرع على الطالب بالالتزام وإنشاء سبب التبرع لا يتم بالمتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة، ولا يمكن جعل عبارته قائمة مقام عبارتين حتى يكون كقبول الآخر لعدم ولايته عليه فتعين الإلغاء، ولأنه قد يكون ضرراً عليه بأن يرافعه الأصيل إلى من يرى براءته من القضاة بالكفالة لأن العلماء مختلفون فيها فيعود ضرر عليه فلا تصح بدون قبوله بخلاف الإقرار بالمال لأنه ليس بعقد، وإنما هو إخبار عن شيء واقع فيقبل منه قوله في حق نفسه إذا لم يتضمن إضراراً بأحد.

قال رحمه الله: (إلا إن تكفل وارث المريض عنه) يعني لا تجوز الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس عندهما إلا في مسألة واحدة وهي أن يقول المريض لورثته أو لبعضهم: تكفلوا عني بما عليّ من الدين لغرمائي فتكفلوا عنه مع غيبة الغرماء فإنه جائز استحساناً، وإن كان القياس يأباه على قولهما إذ لا يتم إلا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة، وجه الاستحسان أنّ هذه وصية منه لورثته بأن يقضوا دينه، ولهذا يصح وإن لم يسم المريض الدين وغرماءه لأن الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا: لا تصح إذا لم يخلف مالاً، ولأن المريض في هذا الخطاب قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغاً لذمته بقضاء الدين من تركته، وهذا لأنه لما تعلق فيه حق الغرماء والورثة بماله صار كالأجنبي عن ماله حتى لا تنفذ تصرفاته فيه، وتوجهت المطالبة على الورثة بقضاء ديونه من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب مقام الطالب أو نائبه كأن الطالب قال: اضمن عن فلان أو كأنه حضر وقبل وإنما يصح بمجرد الطلب، ولا يحتاج فيه إلى القبول لأن قوله: تكفلوا عني لا يراد به المساومة

في هذه الحالة، وإنما يراد به تحقيق الكفالة فصار كالأمر بالنكاح، وفيما إذا قال المريض ذلك لأجنبي فضمن الأجنبي بالتماسه فقيل: لا يجوز لأن الأجنبي غير مطالب بدينه بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سواء، وقيل: يصح لأن المريض قصد به النظر لنفسه، والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائماً مقام الطالب لتضيق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد / من الصحيح فيؤخذ فيه بالقياس. [١٨٧/١/٢]

قال رحمه الله: (وعن ميت مفلس) يعني لا تجوز الكفالة عن ميت لم يترك مالاً وعليه ديون وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الأنصار فسأل هل عليه دين قالوا: نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة فقال: صلوا على أخيكم فقام أبو قتادة رضي الله عنه فقال هما عليّ يا رسول الله»[١] وفي رواية قال: «ذلك عليّ رضي الله عنه فصلى عليه رسول الله ﷺ» ولأن الدين واجب عليه في حياته وهو لا يسقط إلا بالإيفاء أو الإبراء أو انفساخ سبب الوجوب، ولم يوجد شيء من ذلك فلم يسقط ولهذا يبقى في حق حكم الآخرة، ولو تبرع به إنسان صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب أخذه من المتبرع، وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو ترك مالاً وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة يقال: وجب عليه الدين أي أداؤه كما يقال: وجب عليه الصلاة ويراد به الأداء، والأداء لا يتصوّر من الميت فسقط سواء كان له مال أو لم يكن له مال في حق أحكام الدنيا، وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق أحكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو ضمّ الذمة إلى الذمة في حق وجوب المطالبة، والمطالبة ساقطة عن الأصيل فلا يمكن إيجابها على الكفيل تبعاً إذ لا يضم الموجود إلى المعدوم إلا أنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه إذ الوجوب لأجله وقد عجز عن الأداء بنفسه، وبخلفه من المال والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفاء فلا يبقى والتبرع لا يعتمد قيام الدين لأنه تبرئة في حق الآخرة، ولأن الدين باق في حق الطالب لأنه أمر بينهما، وأما الكفالة فأمر بين الكفيل والأصيل لأنه التزم ما على الأصيل وما روياه كان إقراراً منه بأنه كان كفيلاً عنه قبل الموت ويحتمل أن يكون وعداً منه لا كفالة فحاصله أنه حكاية حال، فلا يمكن الاحتجاج به ولا يقال: لو سقط الدين لبرئ الكفيل لأن براءته توجب براءة الكفيل فلما لم يبرأ علم أن عليه ديناً فيجوز ابتداء الكفالة به أيضاً لأنا نقول: الكفيل خلف عنه فلا يبرأ أو نقول: الدين في حق الطالب لا يسقط لأن سقوطه ضروري فلا يتعدى المطلوب.

---

(١) أخرجه البخاري في الحوالة (٢٢٩١)، وأحمد في مسنده (١٣٧٤٥) واللفظ له.

قال رحمه الله: (**وبالثمن للموكل** ولرب المال) أي لا تجوز الكفالة بالثمن للموكل ولا لرب المال معناه إذا وكل رجل رجلاً ببيع شيء فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري، أو ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه من المشتري لم يجز، لأن حق القبض إلى الوكيل والمضارب بجهة الأصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل أو بموت رب المال وبعزله، **ولو وكل الموكل أو رب المال** بقبض الثمن ثم عزله صح عزله لأن الثمن وجب للوكيل أو للمضارب على المشتري إذ حقوق العقد راجعة إلى العاقد، وكذا المضارب لو وكل رب المال بقبض الثمن له ثم عزله لأنه العاقد فترجع الحقوق إليه والعاقد لغيره في حق الحقوق كالعاقد لنفسه، ولهذا اختصت المطالبة به، ولو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث فإذا ثبت أن الوكيل أصيل في القبض فإذا ضمن صار ضامناً لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول والوكيل ببيع الغنائم من جهة الإمام والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر، لأن كل واحد منهم سفير ومعبر حتى لو نهاهم الآمر عن قبض البدل صح نهيه، **ولأنهما**/ أمينان في الثمن شرعاً **واشتراط الضمان عليهما تغيير لحكم الشرع** فلا يجوز فصار نظير من سلم في آخر الصلاة يريد به قطع الصلاة وعليه سجود السهو، فإنه يرد عليه قصده حتى جاز له أن يسجد للسهو ما لم يفعل ما ينافي الصلاة. [١٨٧ ب/٢]

قال رحمه الله: (وللشريك إذا بيع عبد صفقة) أي **إذا باع رجلان عبداً مشتركاً بينهما من رجل** صفقة واحدة وضمن أحدهما لشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لأنه يصير ضامناً لنفسه لأنه ما من جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثمن إلا ولشريكه

فأجاز الطالب جاز بالاتفاق اهـ **قوله في المتن: (وبالثمن للموكل إلى آخره)** وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يعطي الرجل ثوباً ليبيعه بعشرة ففعل ثم ضمن البائع الثمن للآمر قال: الضمان باطل، وكذلك المضاربة إذا باعها الرجل وضمنها فلا ضمان عليه إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير اهـ إتقاني. **قوله: (ولو وكل الموكل أو رب المال إلى آخره)** كذا بخط الشارح وهو صحيح يعني عن قوله بعد، وكذا المضارب إلى آخره. **قوله: (ولأنهما)** أي الوكيل والمضارب وكتب على قوله: ولأنهما ما نصه تعليل ثان لعدم صحة الكفالة اهـ **قوله: (واشتراط الضمان عليهما تغيير لحكم الشرع)** أي كالمودع إذا ضمن الوديعة للمودع وكالمستعير إذا ضمن العارية للمعير بالشرط فإنه باطل اهـ إتقاني. **قوله: (إذا باع رجلان عبداً مشتركاً بينهما من رجل)** صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجلين باعا من رجل عبداً صفقة واحدة فضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن قال: الضمان باطل، وذلك لأن

فيه نصيب، ولأنه لا يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض، وأنه لا يجوز إذ القسمة عبارة عن الإفراز والحيازة وهو أن يصير حق كل واحد منهما مفرزاً في حيز على حدة، وذا لا يتصور في غير العين لأن الفعل الحسي يستدعي محلاً حسياً، والدين حكمي فلا يرد عليه الفعل الحسي فإذا لم تصح قسمته يكون كل شيء يؤديه إلى شريكه مشتركاً بينهما فيرجع المؤدي بنصف ما أدى لكونه مشتركاً بينهما ثم يرجع أيضاً بنصف الباقي إلى أن لا يبقى في يده شيء فيؤدي تجويزه ابتداء إلى إبطاله انتهاء، بخلاف ما إذا باعه صفقتين بأن يسمي كل واحد منهما لنصيبه ثمناً حيث يصح ضمان أحدهما فيه للآخر لأن نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الآخر فلا شركة، ألا ترى أن المشتري لو قبل نصيب أحدهما ورد نصيب الآخر صح، وكذا لو قبل الكل ونقد حصة أحدهما للناقد قبض نصيبه ولهذا لو استوفى أحدهما نصيبه من المشتري أو بعضه لا يشاركه الآخر، وفي الفصل الأول يشاركه ولو تبرع بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز لأن التبرع لا يتم إلا بالأداء وعند الأداء يصير مسقطاً حقه في المشاركة فيصح، وامتناع الكفالة لا يدل على امتناع التبرع ألا ترى أن الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز ويجوز التبرع به.

قال رحمه الله: (وبالعهدة) أي لا تجوز الكفالة بالعهدة وصورتها أن يشتري عبداً من رجل مثلاً فيضمن للمشتري رجل بالعهدة، وإنما لا يجوز لأن العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك للبائع ولا يلزمه التسليم فإذا ضمن تسليمه إلى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح، ويطلق على العقد لأنها مأخوذة من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لأنها من ثمرة العقد، وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففي الخبر عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه فتعذر العمل بها قبل البيان **فبطل الضمان للجهالة**

الثمن مشترك بينهما فلو صح الضمان فلا يخلو، أما إن صح في نصف الثمن مطلقاً أو في حصة الشريك فلا وجه إلى الأول لأنه يلزم أن يكون ضامناً لنفسه، وهو باطل لأنه ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما، ألا ترى أنه لو قبض شيئاً من الثمن كان صاحبه شريكاً ولا وجه إلى الثاني لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض، وذلك باطل لأن الدين في ذمة من عليه لا يقبل القسمة فلا يتميز نصيب صاحبه لأن القسمة إفراز الأنصباء والإفراز لا يتحقق إلا في العين دون الدين في الذمة، فإذا لم يتميز نصيب صاحبه يقع الضمان عن نفس الضامن لنفسه وهو باطل اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (فبطل الضمان للجهالة)** أي فأما الدرك فقد صار مستعملاً في ضمان الاستحقاق خاصة فوجب العمل به، كذا قال في فخر الإسلام: وقال أبو بكر الرازي في شرح الطحاوي: العهدة هي كتاب الشراء وهو للمشتري

بخلاف الدرك فإن ضمانه صحيح، لأنه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم، ولا يقال: ينبغي أن يصرف إلى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحاً لتصرفه لأنا نقول: فراغ الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال.

قال: (**والخلاص**) أي لا تجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد: تجوز لأن تفسيره عندهما تخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى، وأبو حنيفة يقول: تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لأن المستحق لا يمكنه منه، ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن جاز لأنه ضمن ما يمكن الوفاء به وهو تسليم المبيع إن أجاز المستحق البيع أو رد الثمن إن لم يجز.

قال/: (**ومال الكتابة**) أي لا تجوز الكفالة بمال الكتابة لأنه دين ثبت مع [١٨٨ أ/٢] المنافي وهو دين المولى على مملوكه فلا يظهر في حق الكفالة، ولأنه مخير بين أن يعجز نفسه وبين أن يوفي فلا يفيد إيجابه على الكفيل على هذه الصفة لعدم الفائدة وإثباته مطلقاً ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد، ولأن على الأصيل أداء ملك المولى من وجه، والكفيل لا يجد هذا المال وهذا كالمكاتب إذا عتق يبرأ عن بدل الكتابة لأن عليه أداء مال هو ملك المولى من وجه، ولا يجد ذلك بعد العتق ولا يمكن إيجاب الزيادة عليه فيبرأ.

فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وهذا باطل لأن صحة الضمان إنما تتعلق بما كان مضموناً على الغير فيضمنه الكفيل عنه، وكتاب الشراء ليس بمضمون على أحد فيضمنه الكفيل، وأما أبو يوسف ومحمد فقالا: إن حملنا الضمان على هذا المعنى بطل وصار لغواً فحملناه على ضمان الدرك فيما عقد عليه الشراء ليصح معنى الضمان ولا يصير لغواً إلى هنا لفظ أبي بكر الرازي في شرحه، وقال في أول كتاب الكفالة من الأجناس: وفي البيوع إملاء أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف: ضمان العهدة كضمان الدرك وهو جائز ويضمن الثمن اهـ إتقاني. **قوله في المتن:** (**والخلاص**) اعلم أن هاهنا ثلاثة ألفاظ ضمان الدرك وهو جائز بالاتفاق، وضمان العهدة وهو باطل بالاتفاق على ظاهر الرواية، وضمان الخلاص وهو باطل عند أبي حنيفة معناه لو استحق المبيع فعليه شراؤه وتسليمه إلى المشتري وجه قول أبي حنيفة: أنه ليس بقادر على ما ضمن ووجه قولهما: أنه بمنزلة ضمان الدرك وهو تسليم المبيع إن قدر عليه أو تسليم الثمن إن عجز عن تسليم المبيع، وإنه صحيح كذا قال العتابي اهـ إتقاني. **قوله في المتن:** (**ومال الكتابة**) قال في كفالة الصغرى ما نصه: فإذا ضمن بدل الكتابة لم يصح فلو أدى مع ذلك الضمان يرجع انتهى. وبمعناه في الذخيرة في

(فصل) قال رحمه الله: (**ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي الكفيل الطالب لا يسترد منه**) أي لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل أن يعطي الكفيل المكفول له ليس للمكفول عنه أن يسترد منه لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه ما دام هذا الاحتمال باقياً كمن عجل الزكاة ودفعها إلى الساعي وكمن اشترى شيئاً بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضي مدّة الخيار ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك، لأن الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة وثمناً عند مضي الحول ومضي مّدة الخيار فما دام هذا الاحتمال قائماً لا يسترد، ولأنه ملكه بالقبض لأن المطلوب دفعه إليه على وجه القضاء وأخذه الكفيل على وجه الاقتضاء بأن قال له وقت الدفع إني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه **بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة** بأن قال الأصيل للكفيل: خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكاً للكفيل بل هو أمانة في يده ولكن لا يكون للأصيل أن يسترده من يد الكفيل، لأنه تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يريد إبطاله فلا يمكن منه ما لم يقض دينه كالمسألة الأولى، ولأنه بالكفالة وجب للكفيل على المطلوب حق كما وجب على الكفيل للطالب، ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهناً به جاز، وكذا لو أبرأ الكفيل الأصيل من هذا الدين أو وهبه له قبل أن يدفع إلى الطالب جاز حتى لو أدى عنه بعد ذلك لا يرجع

الفصل السادس في تصرف أحد الشريكين اهـ (فصل) **قوله: (ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطي الكفيل إلى آخره)** وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في رجل كفل عن رجل بألف درهم بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيها صاحبها أله أن يأخذها منه؟ قال: لا، وإن ربح فيها ربحاً فهو له ولا يتصدق به وإن كانت الكفالة بكر حنطة فقضاه الذي عليه الأصل فباعه الكفيل فربح فيه، فإن الربح له إلا أنه أحب إليّ أن يدفعه إلى الذي قضاه ويرده عليه ولا أجبره على ذلك في القضاء، وقال أبو يوسف ومحمد: هو له ولا يرده على الذي قضاه الكرّ إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير، اعلم أن رجلاً إذا كفل عن رجل بألف درهم بأمره فأدى الأصيل المال إلى الكفيل قبل أن يؤديه الكفيل إلى الطالب ثم أراد الأصيل أن يسترد الألف من الكفيل ليس له ذلك إلا أن يقضي الدين بنفسه قبل أداء الكفيل، فحينئذ يسترد وذلك لأن الدفع كان لغرض وهو أن يصير المدفوع حقاً للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل فلما لم ينتف هذا الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه لا تصح المطالبة اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة)** قال الإتقاني رحمه الله: قالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفصل على وجهين فإما أن يدفع الأصيل إليه على وجه الرسالة أو على وجه الاقتضاء، وكل ذلك

عليه فيثبت بهذا أن للكفيل ديناً على الأصيل إلا أنه ليس له أن يرجع عليه حتى يؤدي عنه فصار نظير الدين المؤجل فإنه بالاستعجال يملك فكذا هذا، ثم بالاسترداد يكون نقضاً لما تم من جهته فلا يمكن منه.

قال: (وما ربح الكفيل له) أي إذا ربح الكفيل بالمال الذي قبضه من المطلوب قبل أن يعطي هو للطالب طاب له الربح لأنه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدّق به سواء قضى الدين هو أو الأصيل لأنه بالكفالة وجب له على الأصيل، دين إلا أنه تؤخر مطالبته حتى يدفع فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض على ما بينا، إلا أن فيه نوع خبث إذا قضى الأصيل الدين عند أبي حنيفة لما نذكر فلا يعمل فيما لا يتعين على ما بينا في البيوع، وإن قضى الكفيل فلا خبث فيه بالإجماع هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء، وإن قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قول أبي حنيفة ومحمد لعدم اللك وعلى قول أبي يوسف يطيب لعدم التعيين وأصل الخلاف في الربح بالدراهم المغصوبة.

قال: (وندب ردَّه على المطلوب لو شيئاً يتعين) يعني يستحب رد الربح على المكفول عنه إذا كان المقبوض شيئاً يتعين كالحنطة والشعير، وهذا إذا/ قضى [١٨٨ ب/٢] الأصيل الدين وهو قول أبي حنيفة وعنه أنه يتصدّق به **وقالا: يطيب** له الربح وهو رواية عنه لأنه ملكه بالقبض على مثال ما لو اقتضى دينه المؤجل وربح فيه، وله أن الخبث تمكن مع الملك فيما يتعين لأن اقتضاءه قاصر، ألا ترى أن المكفول عنه بسبيل من

على وجهين أما إن كان المدفوع مما لا يتعين بالتعيين كالنقود، أو مما يتعين كالعروض فإن دفع على وجه الرسالة بأن قال: خذ هذا المال وادفع إلى الطالب لا يطيب له الربح سواء كان المدفوع مما لا يتعين أو يتعين في قول أبي حنيفة ومحمد، وطاب له عند أبي يوسف، وذلك لأن الخبث لعدم الملك لأن تصرفه وجد في غير ملكه فاستوى فيه المالان قال قاضيخان رحمه الله: أصل المسألة أن المودع أو الغاصب إذا تصرف في الوديعة أو المغصوب وربح فعندهما لا يطيب له الربح خلافاً لأبي يوسف، وإن دفع على وجه الاقتضاء بأن قال الأصيل للكفيل: إني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فأنا أقضيك قبل أن تؤدي طاب له الربح إذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لأنه ملكها بالقبض لما قلنا غاية ما في الباب أن للأصيل الرجوع على الكفيل إذا أدّى الأصيل بنفسه وبالرجوع لا يتبين أنه لم يملك لأنه لا يتعين، وإن كان المدفوع مما يتعين كغير النقود قال أبو حنيفة: في رواية هذا الكتاب يستحب أن يرده على الأصيل، وقال في كتاب الكفالة من الأصيل يتصدّق به، وقال في كتاب البيوع: منه لا يطيب له، وعند أبي يوسف ومحمد يطيب له اهـ قوله: وفي رواية هذا الكتاب يعني الجامع الصغير اهـ **قوله: (وقالا: يطيب إلى آخره)** قال الإتقاني: وجه قولهما أن الكفيل بعقد هذه الكفالة استوجب على الأصيل ديناً مؤجلاً كما بينا، ولهذا

قضاء دينه واسترداده العين المقبوضة فلا يخلو عن الشبهة فإذا لم يطب له يتصدّق به في رواية على الفقراء، وفي رواية يردُّه على الأصيل لأن الكراهية لحقه ثم إن كان الأصيل فقيراً يطيب له، **وإن كان غنياً ففيه روايتان والأشبه** أنه يطيب له هذا إذا أعطاه على وجه القضاء لدينه، وإن دفع إليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق لأنه لا يملكه ويتعلق العقد بعينه لتعينه فتكون الحرمة فيه حقيقة، كالمغصوب المتعين إذا ربح فيه بخلاف ما لا يتعين عند أبي يوسف وقد بيناه من قبل.

قال رحمه الله: (ولو أمر كفيله أن يتعين عليه حريراً ففعل فالشراء للكفيل والربح عليه) وتفسيره أن الأصيل أمر الكفيل ببيع العينة، وهو أن يقول له: اشتر من الناس حريراً أو غيره من الأنواع ثم بعه فما ربحه البائع منك وخسرت أنت فعليّ وصورته: أن يأتي هو إلى تاجر فيطلب منه القرض، ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوباً يساوي عشرة مثلاً بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو في السوق بعشرة فيصل إلى العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر إلى أجل أو يقرضه خمسة عشر درهماً ثم يبيعه المقرض ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي أقرضه على أنها ثمن الثوب فتبقى عليه الخمسة عشر قرضاً، فإذا فعل ذلك نفذ عليه والربح الذي ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الآمر شيء من ذلك لأنه إما ضامن لما يخسره كما قاله بعضهم نظراً إلى قوله: على أنها للوجوب فلا يجوز، كما لو قال لرجل بائع في السوق: فما خسرت فعليّ، وإما توكيل بالشراء كما قاله البعض نظراً إلى الأمر به فلا يجوز أيضاً لجهالة نوع الحرير وثمنه، وسمي هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال: باعه بعينة أي نسيئة من عين الميزان، وهو ميله لأنها زيادة وقيل: لأنها بيع العين بالربح، وقيل: هي شراء ما باع بأقل مما باع وقيل: لما فيها من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لشح النفس، وهذا النوع مذموم شرعاً اخترعه أكلة الربا، وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا تبايعتم بالعين **واتبعتم أذناب البقر ذللتم** وظهر عليكم عدوكم».

صح إبراء الأصيل الكفيل قبل أداء الكفيل حتى إذا أدّى لم يكن له الرجوع وصاحب الدين المؤجل إذا استوفاه يكون استيفاؤه صحيحاً فكان الربح حاصلاً على ملكه فطاب له، ولأبي حنيفة أن ملك الكفيل في المدفوع إليه قاصر، وذلك لأن الطالب إذا أخذ حقه من الكفيل يتقرر ملكه، وإذا أخذ من الأصيل ينتقض فكان الملك قاصراً فلو لم يكن الملك أصلاً تثبت حقيقة الخبث، فإذا كان قاصراً تثبت شبهة الخبث فلم يطب له الربح اهـ **قوله: (وإن كان غنياً ففيه روايتان)** أي في كتاب الغصب اهـ غاية. **قوله: (والأشبه إلى آخره)** قال الإتقاني: قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير: والأشبه أن يطيب له لأنه إنما

قال: (**ومن كفل عن رجل** بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب **فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفاً لم يقبل**) لأنه كفل ما لا سيجب في المستقبل بالقضاء أو بأي سبب كان، وذلك لم يوجد لأن القضاء على الغائب لا يجوز فلم يوجب شيئاً ولم يوجد شرطه، ولهذا لو أقر الكفيل على الأصيل بألف درهم لا يجب على الكفيل لأن إقراره لا يوجب على الأصيل، وشرط لزوم الكفيل في هذه الكفالة الوجوب على الأصيل، فكذا القضاء وهو غائب ولأنه يحتمل أن يكون واجباً قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل أن يكون واجباً بعده فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتى لو ادَّعى الوجوب بعد الكفالة بأن قال: حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة **وأقام البينة** قبلت بينته لأنه ادَّعى عليه ما لا دخل في الكفالة ولزمهما المال.

يرد عليه على أنه حقه اهـ **قوله**: (**واتبعتم أذناب البقر**) المراد باتباع أذناب البقر الزراعة اهـ غاية. لأنهم حينئذٍ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن قاله الكمال اهـ **قوله**: (**ذللتم**) من باب ضرب اهـ مصباح. **قوله في المتن**: (**ومن كفل عن رجل إلى آخره**) وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل تكفل لرجل بما ذاب له عليه من حق أو بما قضى له عليه من حق فغاب المكفول عنه فجاء المدّعي بالكفيل فأقام عليه البينة أن له على المكفول عنه ألف درهم، قال: لا تسمع منه بينة على الكفيل حتى يحضر المكفول به إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير، وذلك لأن الكفيل التزم ما لا يقضى به في المستقبل فما لم يقض به لا يجب شيء على الكفيل لأن شرط وجوب المال على الكفيل القضاء على الأصيل ولم يوجد الشرط، وهذا ظاهر فيما إذا كفل بما قضى له عليه، أما إذا كفل بما ذاب له عليه فكذلك لأن معنى ذاب وجب مستعار من ذوب الشحم، كذا ذكره المطرزي واللفظ وإن كان ماضياً يراد به المستقبل كقولهم: أطال الله بقاءك وأدام عزك فلما كان كذلك، قلنا: الكفيل كفل بمال يجب على الغائب بعد عقد الكفالة لا قبله، ودعوى المدّعي على الكفيل مطلقة عن ذلك حيث لم يتعرض لوجوب المال بعد عقد الكفالة، بل يحتمل أنه كان واجباً قبل الكفالة وذلك لا يدخل تحت الكفالة ففسدت الدعوى فلم تسمع البينة اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفاً لم يقبل**) لأنه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم إذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصماً عنه لأنه إنما كفل عنه بمال مقضي به بعد الكفالة، لأنه وإن كان ماضياً فالمراد به المستقبل، كقولهم: أطال الله بقاءك وهذا لأنه جعل الذوب شرطاً، والشرط لا بد من كونه مستقبلاً على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلاً، والدعوى مطلق عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال

[١٨٩/ ٢/١] قال/: (**ولو برهن** أن له على زيد كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره قضى به عليهما، ولو بلا أمر قضى على الكفيل فقط) أي لو أحضر شخصاً عند القاضي فأقام البينة أن له على فلان الغائب ألف درهم وأن هذا الشخص كفيل عنه بأمره قبلت البينة **وقضى على الأصيل والكفيل جميعاً**، ولو أقام البينة أنه كفل عنه بغير أمره قضى على الكفيل فقط **ولا يقضي على الغائب لأن المدعي هنا مال** مطلق فأمكن إثباته، بخلاف ما تقدّم على ما بيناه وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران لأن الكفالة

وجب بعد الكفالة فلم يقم على من اتصف بكونه كفيلاً عن الغائب بل على أجنبي إذ لا ينتصب خصماً، وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الأخرى وهو لفظ ذاب لأن معنى ذاب تقرر ووجب وهو القضاء بعد الكفالة اهـ كمال رحمه الله. **قوله**: (**وأقام البينة إلى آخره**) صار كفيلاً وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصماً عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره إلا أنه إذا كان بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة اهـ فتح. **قوله في المتن**: (**ولو برهن إلخ**) قال الإتقاني: وصورة المسألة في الجامع الصغير، وقال يعقوب ومحمد: إذا كفل عن رجل بمال لرجل بأمر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة أن له على فلان كذا وكذا وأن هذا كفيل له بأمر فلان عن فلان فإني أقضي بشهادتهم بالمال على هذا، وعلى المكفول عنه الغائب فإن كانت الكفالة بغير أمر الغائب قضيت بالمال على الكفيل، ولم يكن الكفيل يخصم على الغائب إلى هنا لفظ الجامع الصغير، وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر في الكتاب عن أبي يوسف ومحمد خاصة، وليس في المسألة اختلاف لأنه لم يرد عن أبي حنيفة خلاف هذا وشمس الأئمة السرخسي إنما خص قولهما بالذكر لأنه لم يحفظه عن أبي حنيفة نصاً، وإنما قبلت البينة هنا ولم تقبل في المسألة المتقدّمة لأن ثمة المكفول به مال مقيد وهو ما على الكفيل بعد عقد الكفالة، ودعوى المدّعي وقعت مطلقة لم يتعرض لذلك ففسدت الدعوى فلم تقبل، وهاهنا المكفول به مال مطلق لأنه قال: وإن هذا كفيل عنه بأمره، ودعوى الحال مطلقة أيضاً وصحت الدعوى فقبلت البينة لأنها بناء على صحة الدعوى اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقضى على الأصيل والكفيل جميعاً**) وفائدة القضاء على الكفيل والمكفول عنه أنه لو حضر المكفول عنه لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه لأنه لما أثبت الكفالة على الحاضر بأمر الغائب، وقضى القاضي بذلك ثبت أمر الغائب بالكفالة عنه وثبت إقراره بالدين وانتصب الحاضر خصماً عن الغائب بخلاف ما إذا أقام البينة على أنه كفل بغير أمر الغائب ثبت الدين على الكفيل خاصة، ولا يثبت على الغائب شيء لأنه لما لم يثبت الأمر من الغائب لم يتعد القضاء إليه، كذا قال الإمام الزاهد العتابي اهـ غاية. **قوله**: (**ولا يقضي على الغائب لأن المدّعى هنا مال إلى آخره**) قال الكمال: وإنما قبلت هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها لأن المكفول هنا مال مطلق ودعوى المدّعي مطلقة فصحت الدعوى

بأمره تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء، فالقضاء بأحدهما لا يكون قضاء بالآخر، وإذا قضى بها بالأمر ثبتت وهو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه، والكفالة بغير أمر لا تمس جانبه لأن صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه، وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدَّى على الآمر وقال زفر رحمه الله: لا يرجع **لأنه لما أنكر الكفالة فقد ظلم في زعمه** فليس له أن يظلم غيره، **ونحن نقول**: صار مكذباً شرعاً **فبطل زعمه فيرجع عليه** كما يرجع المشتري على البائع بالثمن إذا استحق المبيع، وإن كان في زعمه أن البيع صحيح لما قلنا، فإن قيل: كيف يقضى على الغائب إذا كانت الكفالة بأمره والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا قلنا: إذا لم يتوصل إلى حقه على الحاضر إلا بإثباته على الغائب يجوز القضاء على الغائب، كما إذا ادَّعى عبد أن الحاضر اشتراه من مولاه الغائب ثم أعتقه فأنكر الحاضر الشراء والإعتاق كان الحاضر خصماً عن مولاه، حتى إذا أثبت العبد الشراء والعتق نفذ على الغائب حتى إذا حضر ليس له أن يدعيه.

قال رحمه الله: (وكفالته بالدرك تسليم) معناه إذا باع رجل داراً مثلاً فكفل رجل للمشتري عن البائع بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فكفالته تسليم للمبيع، وإقرار منه أنه لا حق له فيها حتى لو ادَّعى أن الدار ملكه، أو ادَّعى فيها الشفعة أو الإجارة لا تسمع دعواه **لأن الكفالة إن كانت مشروطة في البيع** توقف جوازه على قبول الكفيل للكفالة في المجلس فإذا قبل وانبرم بقبوله ثم ادَّعى الملك أو غيره صار ساعياً في نقض ما تمّ من جهته، ومن سعى في نقض ما تم من جهته ضل سعيه في الحياة الدنيا، وإن لم تكن مشروطة في البيع **فالمطلوب من هذه الكفالة** إتمام

فقبلت البينة لأنها بناء على صحة الدعوى بخلاف ما قبلها لأن المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة، وإن كان مقيداً بخصوص كمية ولم تطابقها دعوى المدعي ولا البينة اهـ **قوله**: (**لأنه لما أنكر الكفالة الخ**) صار ذلك منه إقراراً بأن الأصيل لم يأمره، وإقرار المرء على نفسه صحيح لأنه مؤاخذ بزعمه فلا رجوع إذن اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**فقد ظلم في زعمه**) قال في الجمهرة: والزعم والزعم لغتان فصيحتان وأكثر ما يقع الزعم على الباطل، وكذلك هو في التنزيل زعم الذين كفروا أن لن يبعثوا، وكذلك ما جاء من الزعم في القرآن اهـ غاية. **قوله**: (**ونحن نقول**) أي لما قضى القاضي بالكفالة بأمر بالبينة اهـ قوله: (**فبطل زعمه فيرجع عليه**) قال الإتقاني: كمن اشترى شيئاً من إنسان وأقر أن البائع باع ملك نفسه ثم استحق المبيع بالبينة كان للمشتري الرجوع بالثمن على البائع لأنه بطل زعمه اهـ **قوله**: (**لأن الكفالة إن كانت مشروطة في البيع**) بأن باع بشرط الكفالة اهـ غاية. **قوله**: (**فالمطلوب من هذه الكفالة**) ترغيب المشتري في البيع لأنه ربما لا يرغب في الشراء إذا لم

البيع وإحكامه بأن لا يرغب فيها المشتري إلا بالكفالة خوفاً من الاستحقاق فيكون إقراراً منه بأن البائع مالك لها وقت البيع فلا تصح دعواه بعد ذلك.

قال رحمه الله: (وشهادته وختمه لا) أي: كتابة شهادته وختمه لا يكون تسليماً حتى **إذا ادَّعاه بعده تقبل دعواه**، لأن الشهادة ليس فيها ما يدل على أنه أقر للبائع بالملك إذ البيع يوجد من غير المالك كما يوجد من المالك، ولعله كتب الشهادة **ليحفظ الواقعة** أو لينظر في البيع حتى إذا رأى فيه مصلحة أجازه وليس فيه ما يدل على نفاذه بخلاف ضمان الدرك لأن مقصوده الانبرام على ما بينا، حتى لو شهد هنا أيضاً عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته أو لم يقض يكون تسليماً حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك، لأن الشهادة بالبيع على إنسان إقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات لأن العاقل يريد بتصرفه الصحة فيصير كأنه قال: باع وهو يملكه أو باع بيعاً باتاً نافذاً **أو كتب في الشهادة كذلك من غير أن يقول** فيه على زعم المتعاقدين أو إقرارهما/ [١٨٩ ب/٢] فيكون بدعواه بعده مناقضاً بخلاف مجرد الكتابة في الصك لأنه لا يتعلق به حكم، وإنما هو مجرد إخبار وهو لو أخبر بأن فلاناً باع شيئاً كان له أن يدعيه وقوله: وختمه وقع اتفاقاً باعتبار عادتهم فإنهم كانوا يختمونه بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفاً من التغيير والتزوير، والحكم لا يختلف بين أن يكون الصك مختوماً أو غير مختوم.

قال رحمه الله: (**ومن ضمن عن آخر خراجه** أو رهن به أو ضمن نوائبه وقسمته صح) أما الخراج فلأنه دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون، وهذا لأنه

يضمن بالدرك أحد فيكون المراد منه ترغيباً وتأكيداً لعقد فكأنه قال: اشتر هذا فإن العقد جائز والمبيع ملك البائع فإن لحقك درك فيه فأنا ضامن لك، فإذا كان كذلك كان الكفيل مقراً بملك البائع فلا يصح دعواه بعد ذلك للتناقض اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (إذا ادَّعاه بعده تقبل دعواه)** أي وتقبل شهادته لغيره أيضاً اهـ غاية. **قوله: (ليحفظ الواقعة)** ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة اهـ فتح. **قوله: (أو كتب في الشهادة كذلك من غير أن يقول إلخ)** قال الصدر الشهيد: وغيره في شروح الجامع قال مشايخنا: إن ذكر في الشهادة على البيع ما يوجب صحته ونفاذه بأن كتب في الصك باع وهو يملك ذلك وهو كتب شهد بذلك فإنه تبطل دعواه إلا أن يكون كتب الشهادة على إقرارهما بذلك كله، فحينئذ لا تبطل دعواه بأن يكتب في الشهادة باع فلان، كذا من فلان وقد أقر البائع أنه باع ملك نفسه اهـ غاية. **قوله في المتن: (ومن ضمن عن آخر خراجه)** قال الإتقاني: أما الخراج فإنما صح الضمان به لأنه دين مضمون حقاً للعبد يطالب به ويحبس فصار ضمانه كسائر الديون بخلاف الضمان بالزكاة، فإنه لا يصح في الأموال الظاهرة والباطنة جميعاً لأن الزكاة عبارة عن تمليك جزء من نصاب مقدّر شرعاً من غير أن يكون ديناً في الذمة، ولهذا لا تؤخذ بعد

يجب حقاً للمقاتلة بدلاً عن الذب والاستحفاظ والمحاماة عن بيضة الإسلام فكان بمنزلة الأجرة بخلاف الزكاة في الأموال الظاهرة لأن الواجب فيها جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل أنه لو هلك لا يؤخذ منه شيء، والكفالة بأعيان غير مضمونة لا تجوز، ولأن الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ولهذا لا يؤخذ من تركته بعد موته إلا بوصية، فلا تجوز الكفالة بها كسائر العبادات ثم قيل: المراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بأن يوظف الإمام كل سنة في مال على ما يراه لا الخراج المقاسمة وهو الذي يقسمه الإمام من غلة الأرض لأنه غير واجب في الذمة، فلم يكن في معنى الدين والرهن، كالكفالة لأن كل واحد منهما للتوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه، **وأما النوائب** فقد اختلفوا في صورته فقال بعضهم: أريد به ما يكون بحق **كأجرة الحراس** وكري النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى، وقال بعضهم: أريد به ما ليس بحق **كالجبايات** التي في زماننا يأخذها الظلمة بغير حق فإن كان مراد المصنف هو الأول جازت الكفالة به بالاتفاق لأنه واجب مضمون، وإن كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم: لا تجوز الكفالة به منهم **صدر الإسلام** البزدوي لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة أو في الدين، وهنا لا دين ولا مطالبة على الأصيل فلا

الموت من التركة بخلاف الخراج لأنه دين لأن الدين عبارة عن وجوب تمليك المال في الذمة بدلاً عن شيء كقيم المتلفات وثمن المبيع والمهر ونحو ذلك، والبدل كان ملكاً له فيكون المبدل ملكاً له أيضاً والخراج بدل عن منفعة الحفظ فيكون ديناً وليس الزكاة بدلاً عن شيء آخر فلا يكون ديناً فكان الملك متعلقاً بالتمليك، وهذا معنى قوله: لأنها مجرد فعل يعني أن الزكاة عبارة عن مجرد فعل وهو تمليك المال من غير أن يكون ديناً اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (وأما النوائب)** قال الإتقاني: وأما النوائب فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: المراد ما يكون بحق كأجر الحارس وكري نهر العامة وإنه دين ويسمى نائبة وقال بعضهم: هو ما يحتاج إليه الإمام نحو تجهيز المقاتلة وفداء الأسارى بأن لا يكون في بيت المال شيء فيوظف مالاً على الناس فيجوز ذلك فيجب أداؤه على كل موسر نظراً للمسلمين فيضمن إنسان قسمة صاحبه أي نصيبه من ذلك يجوز، وأما النوائب التي يوظفها السلطان ظلماً على الناس كالجبايات في زماننا بسبيل الظلم فقد اختلف المشايخ فيه اهـ **قوله: (كأجرة الحراس)** أي للمحلة الذي يسمى في بلاد مصر الخفير اهـ كمال. مع تغيير. **قوله (كالجبايات الخ)** قال الكمال: كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الخياط والطباخ وغيرهما في كل شهر أو ثلاثة أشهر للسلطان اهـ **قوله: (منهم صدر الإسلام)** هو محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي اهـ وصدر الإسلام

يتحقق معنى الضم، وقال بعضهم: يجوز **منهم فخر الإسلام علي البزدوي** لأنها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لأنها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا: إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يؤجر، وإن كان الآخذ بالأخذ ظالماً **وقلنا: إن من قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه، وإن لم يشترط الرجوع** كمن قضى دين غيره بأمره، وأما القسمة فقد قيل: هي ما أصاب الواحد من النوائب لأن القسمة هي النصيب قال الله تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾ [القمر:٢٨] والمراد بها النصيب وقيل: هي النوائب بعينها غير أن القسمة ما يكون راتباً والنوائب ليس براتب، وإنما يوظفه الإمام عند الحاجة إذا لم يكن في بيت المال شيء، وقد بينا ما هو جائز بالإجماع وما هو مختلف فيه وقال أبو بكر بن أبي سعيد: **هذا اللفظ وقع غلطاً لأن القسمة مصدر والمصدر فعل** وهذا مضمون، **وقيل: هي أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة** بينه وبين صاحبه فيضمنه إنسان لأنها واجبة وقال بعضهم: معناها إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه والرواية بأو وهي لأحد المذكورين، وفي الإباحة تعم وكذا في النفي.

[١٩٠/أ/٢] قال رحمه الله: (ومن قال لآخر/: ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر فقال: هي حالة **فالقول للضامن**) يعني إذا أقر أنه كفيل بدين عن فلان وادَّعى الأجل فصدقه المقر له وهو الطالب في الدين، وكذبه في الأجل كان القول قول المقر، لأنه أقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر والمقر له يدعي عليه المطالبة في الحال، وهو منكر فكان القول قوله بخلاف ما إذا أقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الأجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لأن المقر أقر بالدين ثم ادَّعى حقاً

هذا هو أخو فخر الإسلام الآتي أيضاً اهـ **قوله: (منهم فخر الإسلام علي البزدوي)** هو ابن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيخ الإمام محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي اهـ إتقاني. **قوله: (وقلنا: إن من قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه)** لكن هذا إذا أمره به لا عن إكراه أما إذا كان مكرهاً في الأمر لا يعتبر أمره في الرجوع هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي اهـ إتقاني. **قوله: (وإن لم يشترط الرجوع)** أي استحساناً بمنزلة ثمن المبيع اهـ غاية. **قوله: (هذا اللفظ وقع غلطاً)** قلت: دعوى الغلط غلط لأن القسمة اسم بمعنى النصيب كما في قوله تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾ [القمر:٢٨] والمراد بها النصيب أو بمعنى النائبة وهي أيضاً اسم أو بمعنى حق القسام وهي أيضاً اسم اهـ عيني. **قوله: (لأن القسمة مصدر والمصدر فعل)** وهو غير مضمون اهـ غاية. **قوله: (وقيل: هي أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة الخ)** فإذا ضمن إنسان ليقوم مقامه في القسمة يجوز ذلك لأنه ضمن شيئاً مضموناً وهو يقدر على إيفائه اهـ غاية.

لنفسه وهو الأجل فلا يقبل قوله بلا بينة، ولأن الأجل في الكفالة نوع حتى يثبت فيها من غير شرط بأن كان الدين مؤجلاً على الأصيل وفي الدين عارض حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفي النوع القول للمقر لأنه صفة للدين وقال الشافعي: القول للمقر فيهما لأن الأجل وصف فيهما يقال: دين مؤجل وحال وفي الأوصاف القول للمقر وقال أبو يوسف: القول للمقر له في الفصلين **رواه عنه إبراهيم ابن يوسف** لأن المقر قد أقر له بحق ثم ادَّعى تأخيره **فلا يصدّق إلا بحجة لأنه ادَّعى** أن له على صاحبه حقاً وهو التأخير، ألا ترى أنه لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار جاز إقراره بالكفالة وبطل الخيار لما قلنا، ونحن بيَّنا الفرق بين الفصلين وليس هذا كالخيار لأن الخيار معنى يبطل الكفالة فلا يصدّق بإبطالها بعد الإقرار بها بخلاف الأجل، لأنه ليس بإبطال وإنما هو نوع في الكفالة على ما بيَّنا، وما قاله الشافعي: أن الأجل وصف للدين لا يستقيم لأنه ليس بصفة للدين في الحقيقة، وإن كان وصفاً له لفظاً، ألا ترى أن الدين حق الطالب، والأجل حق المطلوب **ولو كان حقاً** له لما اختلف مستحقهما كالجودة والرداءة فيه والحيلة فيما إذا كان عليه دين مؤجل، وادَّعى عليه وخاف

قوله: (فالقول للضامن) أي في ظاهر الرواية اهـ كمال. **قوله: (رواه عنه إبراهيم بن يوسف)** قال الإتقاني: وروى ابراهيم بن رستم عن أبي يوسف اهـ **قوله: (فلا يصدّق إلا بحجة لأنه ادعى الخ)** قال الإتقاني: ووجه قول أبي يوسف أنهما تصادقا في وجوب المال واختلفا في الأجل فثبت ما اتفقا عليه ولم يثبت ما اختلفا فيه، ووجه الظاهر ما قال أصحابنا في شروح الجامع الصغير: أن الأجل في الديون الواجبة لا بعقد الكفالة كالعروض وثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات عارض، ولهذا إذا أطلقت تكون حالة فإذا أنكر الأجل فقد أنكر العارض فكان القول قوله ولهذا قلنا: في خيار الشرط إذا ادّعاه أحد العاقدين لا يثبت بقوله لأنه عارض، وأما الأجل في الكفالة فقد ثبت من غير شرط بأن قال: كفلت بمالك على فلان، وعلى الأصيل دين مؤجل يكون مؤجلاً على الكفيل من غير شرط فلم يكن الأجل في الكفالة أمراً عارضاً بل الكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة والإقرار بأحد النوعين لا يكون إقراراً بالنوع الآخر اهـ قال الكمال رحمه الله: وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال إذ الظاهر أن الدين كذلك لأنه إنما يثبت بدلاً عن قرض أو إتلاف أو بيع ونحوه، والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال إلا لبدل في الحال فكان الحلول الأصل والأجل عارض فكان الدين المؤجل معروضاً لعارض لا نوعاً، ثم ادّعى لنفسه حقاً وهو تأخيرهما والآخر ينكره وفي الكفالة ما أقر بالدين على ما هو الأصح بل لحق المطالبة بعد شهر، والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له، وهذا لأن التزام المطالبة يتنوّع إلى التزامها في الحال أو المستقبل كالكفالة بما ذاب

الكذب إن أنكر والمؤاخذة في الحال إن أقر أن يقول للمدعي هذا الذي تدعيه من المال حال أو مؤجل فإن قال: مؤجل فلا دعوى عليه في الحال، وإن قال: حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه، وقيل: من عليه الدين مؤجلاً إذا أنكر الدين وقال: ليس له قبلي اليوم حق فلا بأس به إذا لم يرد به إيواء حقه.

قال رحمه الله: (ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ المشتري الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع) لأن الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه ما لم يفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشتري وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ، ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضاً لما جاز فإذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع ولم يخرج عن ملكه لأن بدل المستحق مملوك، ألا ترى أنه لو كان ثمنها عبداً فأعتقه البائع في هذه الحالة عتق، وكذا لو كان المشتري باع الجارية من إنسان فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الأول أن يرجع على بائعه ما لم يقض عليه بالثمن للثاني، كي لا يجتمع بدلان في ملك واحد فإذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الإجازة ولزم البائع رد الثمن فيلزم كفيله ضرورة بخلاف القضاء بالحرية، لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع/ [١٩٠ ب/٢] على البائع والكفيل به، وعن أبي حنيفة أن البيع ينتقض بمجرد الاستحقاق لأن الخصومة من المستحق وطلب الحكم من القاضي دليل على النقض فينتقض به البيع كما ينتقض بالنقض صريحاً فلا تعمل إجازة المستحق بعد ذلك، وعن أبي يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء بها له، وعن أبي يوسف أنه إن أخذ العين بعد الحكم ينفسخ البيع لأن أخذه دليل الفسخ والظاهر هو الأول.

باب كفالة الرجلين والعبدين

قال رحمه الله: (دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه فإن زاد على النصف رجع بالزيادة) معناه إذا كان لرجل دين

والدرك، فإنما أقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر اهـ **قوله: (ولو كان وصفاً)** الذي بخط الشارح ولو كان حقاً اهـ

باب كفالة الرجلين والعبدين

شرع في كفالة الرجلين بعد كفالة الرجل لأن الاثنين بعد الواحد في الوجود فأخر

على اثنين بأن اشتريا منه عبداً وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه **حتى يزيد ما يؤديه على النصف** فيرجع بالزيادة لأن كل واحد منهما في النصف أصيل، وفي النصف كفيل فما يؤديه ينصرف إلى ما عليه أصالة إذ لا معارضة بين ما عليه بطريق الأصالة وبين ما عليه بطريق الكفالة لأن الأوّل دين ومطالبة، والثاني مطالبة فقط فلا يعارض الأول، وكذا سبب الأول وهو الشراء أقوى من سبب الثاني وهو الكفالة، ولهذا ينفذ الأول من المريض من جميع ماله وإن كان عليه دين والثاني لا ينفذ إلا من الثلث بشرط أن لا يكون عليه دين، وإن كان عليه دين مستغرق لا ينفذ أصلاً فكان آكد فلا يعارضه الضعيف، وهذا نظير ما لو اشترى ثوباً وفضة بفضة فقبضهما وقبض الآخر من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل قبض الباقي يجعل المقبوض ثمن الصرف، لأن الصرف أقوى وآكد حتى أوجب القبض قبل الافتراق ولأن الكفالة توجب المطالبة وهي تبع للدين فلا معارضة بين الأصل والتبع، **ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه أيضاً أن يرجع عليه** بأن

ذكرها وضعاً للتناسب اهـ إتقاني. **قوله: (حتى يزيد ما يؤديه على النصف)** أي سواء عين عن صاحبه أو لم يعين اهـ منافع. **قوله: (ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه الخ)** قال الكمال رحمه الله: ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه للكفالة كان له أن يرجع عليه به فلصاحبه أن يرجع بعين ما رجع به المؤدّي لأن أداء نائبه يعني كفيله بأمره كأدائه بنفسه، ولو أدى بنفسه يرجع فكذا بنائبه لكن إذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك: ليرجع بجميع ما رجع به صاحبه وإلا لم يكن له أن يرجع إلا بنصف ما رجع به صاحبه، بيانه أدى الأول مائتين يرجع بنصفها لأنه في إحدى المائتين أصيل، فإذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكلتيهما إلا إذا اعتبر نفسه مؤدياً كلها عن صاحبه المؤدّي حقيقة وإلا لم يرجع إلا بنصفها لأنه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون إلى ما عليه أصالة وخمسون إلى ما عليه كفالة، وإنما يرجع بما عن الكفالة فيؤدي إلى الدور وما يؤدي إلى الدور ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه وإلا تغير حكم الشرع، إذ الوقوع عن صاحبه حكمة جواز الشروع وقد علمت أنه امتنع للدور، واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدي ليس متوقفاً على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل إن شاء أعطاه ما أخذه منه فإذا رجع الآخر استعاده أو أعطاه غيره، وكذا الأوّل فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدي إليه، والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدي عنه لا يمكن أن يسوّغه شرعاً اعتبار المؤدي عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدي لأنه اعتبار باطل يؤدي إلى أن المؤدي عنه يرجع على المؤدي بمثل ما أدى إلى

يجعل المؤدي عنه لأن المؤدي نائبه وأداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور فيسقط **ولا معارضة فيما زاد على ما عليه** بطريق الأصالة، ولا دور فيرجع عليه به ولو كان ما عليه مؤجلاً وما على صاحبه حالاً صح تعيينه لأنه لا معارضة إذ لا يجب ما عليه في الحال، **وليس لشريكه** أن يرجع عليه لأن الكفيل إذا عجل ديناً مؤجلاً ليس له أن يرجع على الأصيل قبل حلول الأجل، وكذا لو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدّى الكفيل فجعله عن صاحبه **يصدق** وهي واردة على مسألة الكتاب.

قال رحمه الله: (وإن كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدّى رجع بنصفه على شريكه أو بالكل على الأصيل) معناه إذا كان على رجل دين ألف درهم مثلاً فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما لزمه بالكفالة، لأن الكفالة عن الكفيل جائزة كما تجوز عن الأصيل فما أدّى أحدهما رجع بنصفه على صاحبه ثم يرجعان على الأصيل إن شاء، وإن شاء رجع هو بالكل على الأصيل لأن ما عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض، إذ الكل كفالة فيكون المؤدي شائعاً عنهما فيرجع بنصفه على شريكه، إذ لا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصفه **وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة** لما اقتضاه العقد إذ الاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم وهو الغرم **بخلاف المسألة الأولى** لأن الترجيح فيها حاصل من

الطالب وهو نقيض ما يقطع به في الشرع أن المؤدي هو الذي يرجع على المؤدي عنه بمثل ما أدى عنه، وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سبباً لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذه مجازفة عظيمة اهـ **قوله**: (**كان لصاحبه أيضاً أن يرجع عليه**) أي لأن المؤدي متى جعل المؤدي عن صاحبه بحكم الكفالة عنه ليرجع عليه فلصاحبه أن يجعل عنه أيضاً ويرجع عليه لأنه يقول: أداؤك بأمري وأنت كفيل عني كأدائي وأنا كفيل عنك ثم وثم فيؤدي إلى الدور وهو باطل، كذا في المنافع وهو أوضح مما في الشرح اهـ **قوله**: (**ولا معارضة فيما زاد على ما عليه الخ**) قال في المنافع: وإذا زاد على النصف فليس لصاحبه أن يجعل المؤدى وهو الزيادة كأدائه بنفسه لأنه لم يبق كفيلاً عن المؤدي لأنه بأداء حصة نفسه لم يبق الدين عليه اهـ **قوله**: (**وليس لشريكه**) أي الدافع الذي عليه حالاً إذا أدى عن المؤجل اهـ **قوله**: (**يصدق**) وكان ينبغي أن لا يصدق وهذا وجه ورودها على مسألة الكتاب فاعلم اهـ ك **قوله**: (**وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة**) يعني أن المانع من نقض الاستواء هو المراعاة الخ اهـ **قوله**: (**بخلاف المسألة الأولى إلخ**) قال الكمال رحمه الله: وهذا الفرق باعتبار الوجه الأول في المسألة الأولى، ولو كان الوجه الثاني صحيحاً لم يبق فرق باعتباره لأن مسوغ رجوع المؤدي عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدي واحتسابه به عن

الابتداء فلا يضره الرجوع/ فيؤدي إلى الدور **ثم يرجعان على الأصيل** لأنهما أدّيا عنه [١٩١/أ ٢/٢] دينه بأمره أحدهما بنفسه والآخر بنائبه، **وإن شاء المؤدي رجع بالجميع على الأصيل** لأنه كفل بالجميع بأمره هذا إذا تكفل كل واحد منهما عن الأصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع، وأما إذا تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسألة الأولى في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما أدّى ما لم يزد على النصف، وكذا لو تكفلا عن الأصيل بجميع الدين معاً ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لأن الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلاً عن الأصيل بالجميع، وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الأصيل بالجميع متعاقباً ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف.

قال رحمه الله: (وإن أبرأ الطالب أحدهما أخذ الآخر بكله) لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه بكله فيأخذه به.

قال رحمه الله: (**ولو افترق المفاوضان** أخذ الغريم أياً شاء بكل الدين) لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر على ما بينا في الشركة.

قال رحمه الله: (ولا يرجع حتى يؤدي أكثر من النصف) لما بينا من الوجهين في كفالة الرجلين.

قال رحمه الله: (**وإن كاتب عبديه كتابة واحدة** وكفل كل عن صاحبه **وأدى أحدهما رجع بنصفه) وهذا استحسان**، والقياس أن لا يجوز لأن فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة **وكل واحد منهما بانفراده باطل**، وعند الاجتماع أولى **فصار كما**

المؤدي، وهذا ممكن هنا بعينه بأن يقول: هذا الذي ترجع عليّ به بسبب أنك أديته عني هو كأدائي بنفسي فكأني أنا الذي أديته واحتسبته عنك، فأنا أرجع عليك به ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق إلا باعتبار القوّة والضعف وهو الوجه الأول اهـ **قوله: (ثم يرجعان على الأصيل وقوله: وإن شاء المؤدي رجع بالجميع على الأصيل)** لا يخلو مع ما سبق عن تكرار فاعلم اهـ ك **قوله في المتن: (ولو افترق المفاوضان الخ)** قال الإتقاني: وأصله أن المفاوضة شركة عامة في كل مال وصحيحة عندنا وتبتني على ثلاثة أشياء التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من أعمال التجارة والكفالة بما كان من ضمان التجارة والاستواء في جنس رأس المال ابتداء وانتهاء، فإذا كان انعقادها على الكفالة كان للغرماء أن يطلبوا بجميع الدين أيهما شاؤوا لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق اهـ **قوله في المتن: (وإن كاتب عبديه كتابة واحدة)** أي بأن قال: مثلاً كاتبتكما على ألف إلى عام اهـ **قوله: (وأدى أحدهما رجع بنصفه)** قال في شرح التكملة: وإن كاتب عبديه كتابة واحدة على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على

إذا اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان أن تصرف الإنسان يجب تصحيحه بقدر الإمكان، وقد أمكن تصحيح هذه الكفالة بأن يجعل المال كله على كل واحد منهما في حق المولى، وفي حق نفسه وعتق الآخر معلق بأدائه فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة فأيهما أدى عتق وعتق الآخر تبعاً له، كما في ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل في حق صاحبه لأن المال في الحقيقة مقابل بهما حتى انقسم عليهما فصارت كفالته بما عليه أصالة، وكفالة المكاتب بما عليه أصالة جائزة فكان كل واحد منهما أصيلاً في الكل كفيلاً عن صاحبه بالكل، ولا تظهر الكفالة إلا في حق صاحبه لأنها ضرورية فيتقدر بقدرها حتى تكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة، فإذا أدى أحدهما شيئاً وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به عليه، ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما، لأن عتق كل واحد منهما تعلق بأداء المال على حدة وهو صحيح في نفسه فلا حاجة إلى تصحيحه بما ذكرنا من الطريق، ثم المسألة على ثلاثة أوجه أحدها: أن يكاتبهما كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فحكمه ما ذكرنا، والثاني: أن يكاتبهما كتابة واحدة على ألف ولم يزد على هذا فحكمه أن كل واحد منهما يلزمه حصته ويعتق بأداء حصته لأن المقابلة المطلقة تقتضي ذلك، والثالث: أن يكاتبهما كتابة واحدة على أنهما إن أديا عتقا وإن عجزا ردا في الرق ولم يذكر كفالة

شريكه بنصفه، لأنهما فيه سواء من حيث الأصالة والكفالة اهـ **قوله: (وكل واحد منهما بانفراد باطل)** أي لأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملك التبرع والكفالة إنما تصح بالدين الصحيح وبدل الكتابة ليس بدين صحيح فلا تصح الكفالة به اهـ إتقاني. **قوله: (فصار كما إذا اختلفت كتابتهما)** أي بأن كاتب المولى كل واحد منهما على حدة وكفل أحدهما عن الآخر فإنها حينئذٍ باطلة قياساً واستحساناً اهـ **قوله: (وهذا استحسان)** وجه الاستحسان أنه يمكن تجويز هذا العقد بأن يجعل كل البدل على أحدهما، والآخر تبعاً له في العتق بأن يكون كل واحد منهما أصيلاً في الكل وكفيلاً عن صاحبه في الكل كالولد المولود في الكتابة حيث يكون مكاتباً تبعاً لأمه، فلما احتمل هذا العقد الصحة صح وجعل كل واحد منهما كان المال عليه وكان مؤاخذاً بحكم الأصالة لا الكفالة، فإذا أدى أحدهما شيئاً يقع عن جميع البدل فيقع عن صاحبه نصف ذلك لاستوائهما في العلة وهي أن كل البدل مضمون على أحدهما بعقد الكتابة، ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل، فإن أعتق المولى أحدهما صح لأنه ملكه، وسقط نصف بدل الكتابة لأن البدل في الحقيقة مقابل برقبتيهما، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان فإذا ثبت عتق

كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل الفصل الثاني حتى يعتق أحدهما بأداء حصته لأن كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول إلا حصته، ولهذا ليس للمولى أن يطالب أحدهما بجميع البدل / ، ولو أدى أحدهما الجميع لم يرجع على [١٩١ ب/٢] صاحبه بشيء، بخلاف ما إذا شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه لأنا نقول: لا يعتق واحد منهما ما لم يصلٍ جميع المال إلى المولى لأن شرط المولى في العقد تجب مراعاته إذا كان صحيحاً شرعاً، وقد شرط العتق عند أدائهما جميع المال نصاً فلو عتق أحدهما بأداء حصته كان مخالفاً لشرطه وما استدل به زفر ممنوع، فإن هذا عندنا كالفصل الأول في جميع ما ذكرنا فلهذا قلنا: ما لم يصل جميع المال إلى المولى لا يعتق واحد منهما ذكره في المبسوط.

قال رحمه الله: (ولو حرر أحدهما أخذ أيا شاء بحصة من لم يعتقه) معناه لو أعتق أحد العبدين فيما إذا كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق لوجود المصحح للعتق وهو الملك في الرقبة، وبرئ عن حصته من بدل الكتابة لأنه لم يرض بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى العتق، ولم يبق وسيلة فتسقط حصته ويبقى على صاحبه حصته لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وإنما جعل على كل واحد منهما كله **احتيالاً لتصحيح الضمان**، وإذا حصل له العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلاً برقبتيهما فيتوزع عليهما ضرورة، فإذا توزع سقط حصة المعتق لما ذكرنا، ويأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء فإن شاء أخذ المعتق بالكفالة، وإن شاء أخذ صاحبه بالأصالة.

قال رحمه الله: (فإن أخذ المعتق رجع على صاحبه وإن أخذ الآخر لا) لأن غير المعتق أصيل فلا يرجع على أحد إذا أدى والمعتق كفيل عنه بأمره فيرجع به عليه فإن قيل كيف يكون المعتق كفيلاً عنه الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز، قلنا: هذا في حالة البقاء، لأنه لم يكن في الابتداء كفيلاً فقط وإنما كان بدل الكتابة واجباً عليه أصالة، وقدرنا الكفالة فيه في حق صاحبه احتيالاً لتصحيح الأداء عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن إيجاب البدل عليه لاستغنائه فلا يمكن تقدير الأصالة فيه فبقي كفيلاً.

قال رحمه الله: **(ومن ضمن عن عبد مالاً يؤخذ به بعد عتقه فهو حالٌ وإن لم يسمه)**

أحدهما استغنى عن بدل رقبته اهـ إتقاني. **قوله: (احتيالاً لتصحيح الضمان)** والحامل على ذلك تشوّف الشارع إلى العتق اهـ **قوله: (قلنا: هذا في حالة البقاء)** كما لو مات شهود النكاح اهـ **قوله في المتن: (ومن ضمن عن عبد مالاً يؤخذ به بعد عتقه)** قال فخر الإسلام: أراد به إقراره بالاستهلاك لأنه قد ينطلق عليه فأما إذا استهلكه عياناً فإنه يؤخذ به في الحال إلا في المودع المحجور إذا استهلكها فإنه لا يضمنها، حتى يعتق عند أبي حنيفة ومحمد،

المراد به دين لم يظهر في حق المولى **كما إذا لزمه بالإقرار** أو الاستقراض أو بالوطء عن شبهة أو استهلاك وديعة، فإن هذه الديون لا تظهر في حق المولى فلا يؤاخذ بها في الحال، وإنما يؤاخذ بها بعد الحرية فلو أن إنساناً تكفل بهذه الديون يلزمه ويطالب به في الحال، **لأن المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته** إلا أن المطالبة تأخرت عنه لعسرته إذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها في حق المولى، والكفيل غير معسر **فصار كما لو كفل عن غائب أو مفلس** بخلاف ما إذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالاً لأنه التزم المطالبة بدين والطالب ليس له أن يطالب بالدين المؤجل في الحال، ثم إذا أدى عنه يرجع به بعد العتق إن كان بأمره لأن الكفيل بالأداء ملك الدين **وقام مقام الطالب** فلا يطالبه قبل الحرية، وقوله: بدين يؤخذ به بعد عتقه **احتراز عما يؤخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك** عياناً أو دين لزمه بالتجارة بإذن المولى فإنه تجوز الكفالة به بلا شبهة.

وكذلك لو أقرضه إنسان أو باعه أو وطئ بشبهة بغير إذن المولى لم يؤخذ به حتى يعتق أيضاً، فهذا كله نوع واحد في الحكم وجوابه أن الكفيل يؤخذ به حالاً، وقال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير: صورة المسألة إذا أقر العبد باستهلاك مال وكذبه المولى أو كان محجوراً وأودعه إنسان فاستهلك الوديعة فإنه لا يؤخذ به حتى يعتق في قول أبي حنيفة ومحمد، ولو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى فإنه لا يؤخذ بالمهر حتى يعتق فإن كفل إنسان به ولم يسم حالاً وغيره فهو حال، أما صحة الكفالة فلأن المال مضمون على الأصيل وإنما يطالب الأصيل في الحال لعسرته لأن العبد وما في يده لمولاه، ولم يظهر ما وجب على العبد لصحة سببه في حق المولى، لأن المولى لم يرض به والكفيل ليس بمعسر فيطالب حالاً لأن المانع عن مطالبة العبد وهو العسر لم يوجد في حق الكفيل فصار بمنزلة الكفالة عن غائب حيث تصح ويؤخذ الكفيل به حالاً، وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل اهـ إتقاني. وكتب على قوله: يؤخذ به بعد العتق ما نصه هذه الجملة وقعت صفة للنكرة وهي قوله: مالاً أي مالاً غير واجب على العبد أداؤه قبل العتق اهـ **قوله: (فهو حال وإن لم يسمه)** يعني هو حال وإن لم يسم حالاً ولا مؤجلاً اهـ **قوله: (كما إذا لزمه بالإقرار)** أي بأن أقرّ باستهلاك مال وكذبه المولى اهـ **قوله: (لأن المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته)** أي وعدم الأجل فكيف والعتق لا يصلح أجلاً لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلاً اهـ **قوله: (فصار كما لو كفل عن غائب)** أي حيث يصح ويؤخذ به الكفيل حالاً وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل اهـ غاية. **قوله: (أو مفلّس)** بتشديد اللام المفتوحة اهـ غاية. وكتب ما نصه: فلسه القاضي حيث تصح الكفالة، ويؤخذ به الكفيل حالاً لعدم اعتبار الكفيل اهـ غاية. **قوله: (وقام مقام الطالب)** أي والطالب ما كان

قال رحمه الله: (**ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل** فمات العبد فبرهن المدعي أنه له ضمن قيمته، ولو ادَّعى على عبد مالاً وكفل بنفسه رجل فمات العبد **برئ الكفيل**) والفرق أن الثانية تكفل عن العبد بتسليم نفسه، فإذا مات العبد وهو المكفول به برئ هو وبراءته توجب براءة/ الكفيل على ما بينا من قبل، ولا يختلف [١٩٢/أ/٢] ذلك بين أن يكون المكفول به حراً أو عبداً، **وفي الأولى تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد** لأن المدعي يدعي غصب العبد على ذي اليد والكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها جائزة على ما تقدم فيجب على ذي اليد رد العين، فإن هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل أن أثبت المدعي بالبينة أن العبد له لأنه يقوم مقام الأصيل والبينة كاسمها مبينة فيظهر بها أن العبد ملكه **بخلاف ما إذا ثبت الملك له بإقرار ذي اليد** أو بنكوله، لأن إقرار الأصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به هو بنفسه.

قال رحمه الله: (ولو كفل عبد عن سيده بأمره فعتق فأداه أو كفل سيده عنه وأدّاه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر) ومعنى الأولى أن لا يكون على العبد دين لأن أمر المولى بالتكفيل يصح إذا لم يكن عليه دين، ألا ترى أن له أن

له مطالبته قبل العتق فكذا الكفيل اهـ **قوله: (احتراز عما يؤخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك)** قال الكمال رحمه الله: ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي أن يرجع قبل العتق، إذا أدى لأنه دين غير مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليمه رقبته، أو القضاء عنه وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد، وقوي عندي كون المعتبر أمر السيد لأن الرجوع في الحقيقة عليه اهـ **قوله في المتن: (ولو ادَّعى رقبة العبد فكفل به رجل)** أي كفل عن المدّعى عليه بتسليم رقبة العبد رجل اهـ **قوله: (برئ الكفيل)** قال الفقيه أبو الليث: وهذا إذا كفل بنفس العبد فلو كفل بالدين الذي عليه في هذا الفصل يجب الضمان على الكفيل، وإن مات بمنزلة الكفالة عن حرّ فمات الحرّ مفلساً لا يبرأ الكفيل من كفالته في قولهم جميعاً وليس بمنزلة من كفل بعد موته، وقد روي عن أبي حنيفة أنه قال: لا تجوز الكفالة إذا لم يكن للميت تركة، وأما في هذه المسألة فقد صحت الكفالة في حال حياته فلا تبطل بعد موته اهـ إتقاني. **قوله: (وفي الأولى تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد)** فإذا مات العبد فأقام المدّعي البينة بعد ذلك غرم المدّعى عليه قيمة العبد وغرمها الكفيل أيضاً لأن الكفالة تحمل الضمان عن الغير فإذا وجب ضمان القيمة على الأصيل وجب على الكفيل، لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل وقد انتقل الضمان في حق الأصيل إلى القيمة فينتقل في حق الكفيل أيضاً اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف ما إذا ثبت الملك له بإقرار ذي اليد الخ)** حيث يقضي بقيمة العبد الميت على المدّعى عليه

يجعله بالدين ولو أقر عليه بالدين نفذ إقراره، وله أن يرهنه وإن كان عليه دين مستغرق ليس له شيء من ذلك لأنه يتضمن إبطال حق الغرماء، وأما كفالة المولى عن العبد **فصحيحة كيفما كانت**، وقال زفر: يرجع كل واحد منهما على صاحبه إذا أدّى عنه بعد الحرية، وكانت الكفالة بأمره لتحقق الموجب للرجوع ولزوال المانع من الرجوع **قلنا: وقعت غير موجبة للرجوع** لأن أحدهما لا يستحق على الآخر ديناً فلا تنقلب موجبة بعد ذلك، كما إذا كفل رجل عن رجل بغير أمره فبلغه، **فأجاز** فإنها لا تنقلب موجبة للرجوع، فكذا هذا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بإيفاء الدين من سائر أمواله، وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته.

ولا يلزم ذلك الكفيل اهـ غاية. **قوله**: (**فصحيحة كيفما كانت**) أي سواء كان عليه دين أو لا اهـ **قوله**: (**قلنا: وقعت غير موجبة للرجوع**) أي لأن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً إذا لم يكن عليه دين مستغرق، وكذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً بحال اهـ غاية. **قوله**: (**فأجاز**) أي المكفول عنه الكفالة فأدى الكفيل شيئاً لا يرجع على المكفول عنه اهـ قاضيخان.

كتاب الحوالة

وهي في اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله.

قال رحمه الله: (هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة) هذا في الشرع، وفي اللغة هو النقل مطلقاً على ما بينا.

قال رحمه الله: (وتصح في الدين لا في العين برضا المحتال والمحال عليه) وهذا من شرائطها **ومن شرائطها القبول، وفيه خلاف أبي يوسف كما في الكفالة** وهي مشروعة بإجماع الأمة **وقال عليه الصلاة والسلام: «من أحيل على مليء فليتبع[1]»** والأمر بالاتباع دليل الجواز ولأنه التزام ما يقدر على تسليمه فوجب القول بصحته دفعاً

كتاب الحوالة

قوله: (ومن شرائطها القبول) أي قبول المحتال اهـ **قوله: (وفيه خلاف أبي يوسف كما في الكفالة)** قال الكمال: ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على إجازته إذا بلغه، وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو أحال على غائب فبلغه فأجاز صحت اهـ **قوله: (وقال عليه الصلاة والسلام: «من أحيل على مليءٍ فليتبع)** رواه في الهداية بهذا اللفظ اهـ وكتب ما نصه قال ﷺ فيما رواه أبو هريرة: «مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»[2] متفق عليه. وأما بلفظ أحيل مع لفظة يتبع كما ذكره المصنف فمن رواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال: قال رسول الله ﷺ: «مطل الغني ظلم ومن أحيل على مليء فليتبع» ورواه أحمد وابن أبي شيبة، ومن أحيل على مليء فليحتل قيل: وقد يروى فإذا أحيل بالفاء فيفيد أن الأمر بالاتباع للملاءة على معنى أنه إذا كان مطل الغني ظلماً فإذا أحيل على مليء فليتبع لأنه لا يقع في الظلم والله أعلم، ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن أحمد للوجوب والحق الظاهر أنه أمر إباحة هو دليل نقل الدين شرعاً أو المطالبة، فإن بعض الأملياء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضارة اهـ فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم، وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٥٩) وقال رواه أحمد.

(٢) أخرجه البخاري في الحوالة (٢٢٨٧)، ومسلم في المساقاة (١٥٦٤)، والترمذي في البيوع (١٣٠٨)، والنسائي في البيوع (٤٦٩١)، وأبو داود في البيوع (٣٣٤٥).

للحاجة، وإنما اختصت بالديون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل **وهو في الدين لا في العين** لأن الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر أثره في المطالبة فجاز أن يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعاً، **وأما العين فحسي** فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل بالنقل الحسي، وإنما اشترط رضاهما لأن المحتال هو صاحب الحق وتختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الإيفاء، فمنهم من يماطل مع القدرة، ومنهم من يوفي ناقصاً، ومنهم من هو بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه، والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون فيه، فمنهم من يعنف فيه ويستعجل، ومنهم من يساهل ويمهل ويسامح، ولم يذكر المصنف المحيل **لأن الحوالة تصح بدون رضاه وإنما يشترط رضاه للرجوع عليه** أو ليسقط دينه ونظيرها الكفالة، فإنها تصح بدون رضا المكفول عنه.

قال رحمه الله: (وبرئ المحيل بالقبول من الدين) وهذا حكمها **وقال زفر: لا يبرأ** لأن المقصود بها التوثق وهو بازدياد المطالبة/ [١٩٢ ب/٢] كالكفالة لا تؤثر في سقوط ما كان له من المطالبة، وقال ابن أبي ليلى: يبرأ في الكفالة أيضاً اعتباراً بالحوالة، ولنا أن الأحكام الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل، وهو لا يتحقق إلا بفراغ ذمة الأصيل لأن الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها، والكفالة معناها الضم فيقتضي أن يكون موجبها ضم الذمة إلى الذمة، ولا يتحقق ذلك مع براءة ذمة الأصيل والاستيثاق فيها بالضم، وفي الحوالة باختيار من هو الأملأ من المحيل وأحسن من المحيل في القضاء، ولا يقال: لو برئ لما أجبر المحتال على

مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير ومن لا يعلم حاله فمباح، لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جمع بين معنيين مجازيين للفظ الأمر في إطلاق واحد فإن جعل للأقرب أضمر معه القيد وإلا فهو دليل الجواز للإجماع على جوازها اهـ فتح. **قوله: (وهو في الدين لا في العين)** أي لأن العين لا تثبت في الذمة فلا يتأتى نقلها من ذمة إلى ذمة فلم تصح الحوالة في العين اهـ إتقاني. **قوله: (وأما العين فحسي الخ)** ولا يقال: إن الأوصاف لا تقبل النقل لأنا نقول: أحكام الشرع بمنزلة الجواهر على معنى أنها تبقى بعد المباشرة اهـ مستصفى. **قوله: (لأن الحوالة تصح بدون رضاه)** ذكره في الزيادات اهـ هداية. **قوله: (وإنما يشترط رضاه للرجوع عليه)** أي لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو أي المحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلاً باندفاع المطالبة عليه عنه في الحال وآجلاً بعدم الرجوع عليه لأنه لا يرجع إلا بأمره، وحيث ثبتت الحوالة بغير رضاه كان[1] **قوله: (وقال زفر: لا يبرأ)** أي من الدين والمطالبة أيضاً اهـ فتح بمعناه **قوله:**

---

(١) لعله يوجد سقط هنا.

القبول إذا قضاه المحيل الدين، كما لو قضاه الأجنبي لأنا نقول: الأجنبي متبرع والمحيل غير متبرع **لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى**، فلم يكن أجنبياً إذ قصده دفع الضرر عن نفسه **ثم اختلفوا في البراءة** فقال أبو يوسف: يبرأ عن الدين والمطالبة **وقال محمد: يبرأ عن المطالبة فقط، ولا يبرأ عن الدين** وثمرة الخلاف تظهر في موضعين: أحدهما إذا أبرأ المحتال المحيل من الدين قال أبو يوسف: لا يصح، **وقال محمد: يصح**، والثاني أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على إنسان **كان للراهن أن يسترد الرهن** عند أبي يوسف كما لو أبرأه من الدين، وعند محمد ليس له ذلك، كما لو أجل الدين كذا ذكره المرغيناني وذكر في الزيادات أن البائع إذا أحال غريماً له على المشتري بالثمن بطل حقه في حبس المبيع، لأن مطالبته سقطت، وكذا المرتهن إذا أحال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن لأنه لم يبق له مطالبة بالدين وإن أحال المشتري البائع على رجل لا يبطل حقه في حبس المبيع لأن المطالبة باقية لأن المحال عليه قائم مقام المحيل، وكذا إذا أحال الراهن المرتهن على رجل لم يبطل حقه في حبس الرهن، لأن المطالبة باقية لأن المحال عليه نائب المحيل فصار مطالبته كمطالبة المحيل والمكاتب على عكس ما ذكر، فإنه إذا أحال مولاه على رجل يعتق كما تثبت الحوالة، وإن كان المحال عليه نائباً عن المكاتب، وإذا أحال المولى عليه رجلاً لا يعتق حتى يؤدي بدل الكتابة، وإن لم يكن للمولى حق مطالبة المكاتب، والفرق أن حرية المكاتب معلقة ببراءة ذمته وقد برئت إذا أحال المكاتب مولاه على رجل، وأما إذا أحال المولى عليه رجلاً لا يبرأ، وأما الرهن فللوثيقة فيبقى ما بقيت المطالبة ويبطل إذا بطلت، وكذا البيع اعلم أن إحالة المكاتب مولاه علي رجل إنما تجوز إذا كان له على الرجل دين أو عين وقيده به لأن المحتال يكون نائباً عن المكاتب في القبض فيجوز، وإن لم يكن له واحد منهما أو كان له ولم يقيده به لا تجوز، لأن الحوالة نقل الدين إلى ذمة المحال عليه فصار

(**لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى**) أي لأنه إنما انتقل إلى ذمة أخرى بشرط السلامة، فإذا توى يرجع فلم يكن المحيل متبرعاً في القضاء اهـ إتقاني. **قوله**: (**ثم اختلفوا في البراءة**) أي براءة المحيل اهـ قوله: (**وقال محمد: يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين وقوله في المتن: وبرئ المحيل بالقبول من الدين**) اختيار لمذهب أبي يوسف وإذا برئ عند أبي يوسف من الدين فقد برئ من المطالبة أيضاً عنده كما صرح ببراءته منهما الشارح اهـ **قوله**: (**وقال محمد: يصح**) أي وعلى قول محمد يسقط دين المحتال وتمتنع مطالبته للمحال عليه حينئذٍ اهـ **قوله**: (**كان للراهن أن يسترد الرهن**) سيأتي بعد هذا في كلام الشارح أنه ليس له استرداده، والذي يأتي هو قول محمد اهـ (فرع) قال في السراجية: رجل رهن عند رجل بمال فأحال الغريم بالمال على رجل فللمرتهن منع الرهن حتى يقبض في أصح الروايتين، والمرتهن لو

الواجب على المحال عليه عين الواجب على المحيل حكماً، فلو صحت الحوالة ببدل الكتابة ولزم المحال عليه يكون الواجب على المحال عليه غير الواجب على المحيل، وذلك لا يجوز كالكفالة، وإن كان المولى هو الذي أحال غريمه على المكاتب لا يصح إلا إذا قيدها ببدل الكتابة، لأن مطلقها تبرع وليس المكاتب من أهله، وليس للمولى أن يتصرف فيه حتى يلزمه بخلاف ما إذا تكفل القن عن مولاه على ما مر من قبل.

قال رحمه الله: (ولم يرجع المحتال على المحيل إلا بالتوى) وقال الشافعي: لا يرجع عليه عند التوى لأن ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين/ إلى ذمته إلا بسبب جديد فصار كالغاصب، وغاصب الغاصب إذا اختار [١٩٣/أ/٢] المغصوب منه تضمين أحدهما برئت ذمة الآخر ثم بالتوى عنده لا يعود الحق على الآخر، وكالمولى إذا أعتق عبده المدين فإن الغرماء يخيرون بين تضمين المولى قيمته وبين اتباع المعتق، فإن اختاروا أحدهما وتوى ما عليه لا يرجعون على الآخر، ولنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً في المحتال عليه: «إذا مات مفلساً يعود الدين إلى ذمة المحيل» وقال: «لا توى على مال امرئ مسلم»(١)، ولأن المقصود من شرعه الوصول إلى حقه بالاستيفاء من الثاني لا مجرد الوجوب لأن الذمم لا تختلف في نفس الوجوب، وإنما تختلف في الإيفاء فهذا هو المعلوم بين الناس، والمعلوم كالمشروط فعند فواته يجب الرجوع، ألا ترى أن البيع لما كان في العرف يراد به سلامة المبيع للمشتري وسلامته من العيب فعند فواته بالاستحقاق أو بالهلاك قبل القبض أو عند فوات وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض لما قلنا، وهذا لأن ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل بإحالته هو، فإذا فات الخلف رجع بالأصل بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب فإن أحدهما ليس بخلف عن الآخر وإنما ثبت للمالك الخيار ابتداء بملك المغصوب من أيهما شاء فيأخذ منه عوضه من غير أن يحيله عليه أحد فلا يرجع على أحد، وكذا المولى والمعتق أحدهما ليس بخلف عن الآخر، ألا ترى أن حقه ليس بثابت على أحدهما معيناً حتى ينقله إلى الآخر فافترقا.

قال رحمه الله: (وهو أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه أو يموت

أحال غريماً له على الراهن لم يكن له منع الرهن اهـ تتارخان. **قوله في المتن: (وهو أن يجحد الحوالة ويحلف إلخ)** قال الإمام الإسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي: التوى عند أبي حنيفة رضي الله عنه على وجهين، أحدهما أن يموت المحتال عليه مفلساً ولا يترك مالاً معيناً ولا ديناً ولا كفيلاً على المحتال عليه للمحتال له، والثاني أن يجحد المحتال عليه

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٦ / ٧١)، والترمذي في البيوع (١٣٠٩).

مفلساً) أي التوى يكون بأحد هذين الأمرين، إما أن يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال، أو يموت مفلساً بأن لم يترك مالاً عيناً ولا ديناً ولا كفيلاً لأن التوى هو العجز عن الوصول إلى حقه ويتحقق ذلك بهما، وهذا إذا ثبت موته مفلساً بتصادقهما فإن اختلفا فيه فقال المحتال: مات مفلساً وأنكر الآخر **فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم** لتمسكه بالأصل وهو العسرة، كما إذا كان هو حياً وأنكر اليسر ولو فلسه الحاكم بعدما حبسه لا يكون توى عند أبي حنيفة، وقالا: هو توى لأنه عجز عن الأخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود أو بموته مفلساً، ولأبي حنيفة أن الدين ثابت في ذمته وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع، ألا ترى أنه لو تعذر بغيبة المحال عليه لا يرجع على المحيل، وهذا لأن التوى في الدين لا يتصور حقيقة، وإنما يكون ذلك حكماً بخروج محله من أن يكون محلاً صالحاً للوجوب بموته معدماً أو بالجحود، ولأن الإفلاس لا يتحقق عنده لأن المال غاد ورائح يمسي الإنسان فقيراً ويصبح غنياً وبالعكس، ويحتمل أنه استغنى في مجلس الحكم بأن مات له قريب يرثه وهذا نظير ما لو جرح الخصم الشهود وأقام البينة عليه لا يقبل، لأنه لا يتحقق لاحتمال توبته في المجلس وقيل: هذه المسألة مبنية على تحقق الإفلاس وعدمه، **ولو مات وترك رهناً رهنه غيره** بأمره أو بغير أمره وسلطه على البيع أو لم يسلطه يعود الدين إلى ذمة

الحوالة ولم يكن المحتال له بينة وحلف المحتال عليه فقد برئ وعاد المال إلى المحيل، ولا يكون التوى عند أبي حنيفة غير هذين الوجهين، وعندهما التوى على ثلاثة أوجه، وجهان ما ذكرناه، ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم عليه بالإفلاس كذا في شرح الطحاوي، أما إذا جحد المال وحلف لأنه لا يقدر على مطالبته بعد اليمين لعدم البينة فقد توى الحق، وكذا إذا مات مفلساً لأنه لم يبق له ذمة يتعلق بها الحق ولا تركة فسقط الحق عن المحتال عليه فيثبت للمحتال له الرجوع على المحيل، لأن براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة إسقاط، فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع، وأما تفليس القاضي بالشهود حال حياة المحتال عليه فذاك بناء على أن تفليس القاضي هل يصح أم لا، وأبو حنيفة لا يرى ذلك وهما يريانه لأنه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحتال عليه، ولأبي حنيفة أنه عجز بتوهم ارتفاعه بحدوث المال لأن مال الله غادٍ ورائح فلا يعود إلى المحيل كما قبل التفليس بخلاف الموت لأنه عجز لا يتوهم ارتفاعه اهـ إتقاني رحمه الله.
قوله: (**فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم إلخ**) كذا في الشافي والمبسوط وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع اليمين على العلم لإنكاره عود الدين اهـ فتح القدير. **قوله**: (**ولو مات وترك رهناً رهنه غيره**) أي رهنه غير المحتال عليه لأجل المحتال عليه عند

المحيل، لأن عقد الرهن لم يبق بعد موت المحال عليه مفلساً إذ لم يبق الدين عليه والرهن بدين ولا دين محال بخلاف ما إذا/ [١٩٣ب/٢] ترك كفيلاً بأمره أو بغير أمره لأن الكفيل خلف عنه.

قال رحمه الله: (**فإن طلب المحتال عليه المحيل بما أحال** فقال المحيل: أحلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل الدين) أي لأن سبب الرجوع قد تحقق بإقرار المحيل وهو قضاء دينه بأمره فيرجع عليه ولا يقبل قوله في دعوى الدين على المحال عليه لأنه ينكره المحال عليه، والقول قول المنكر ولا يكون الإقرار من المحال عليه بالحوالة إقراراً منه بالدين عليه، ولا قبوله الحوالة يدل على أن عليه ديناً لأن الحوالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما على المحال عليه، بل حقيقة الحوالة أن تكون مطلقة إذ المقيدة توكيل بالأداء والقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين عليه فيضمن له.

قال رحمه الله: (وإن قال المحيل للمحتال: أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال: أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل) لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر فالقول للمنكر، ولا يكون الإقرار من المحيل بالحوالة وإقدامه عليها إقراراً منه بأن عليه ديناً للمحتال لأن لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة، قال محمد: إذا صار مال المضاربة ديوناً وامتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال ربح لا يجبر ولكن يقال: له أحل رب المال أي وكله فإذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على المحيل بدعواه **بل يكون القول للمحيل** إذ هو متمسك بالأصل لأن فراغ الذمم هو الأصل **ولو لم يدع** الدين على المحيل بأن ادَّعى أن الدين الذي على المحال عليه ثمن مال له باعه المحيل له بطريق الوكالة منه وادَّعى أن الدين له ووصل إليه عين حقه لا يقبل قوله أيضاً، إذا أنكر المحيل ذلك لأنه لما أقرّ له باليد والتصرف له في ذلك المال والإنسان يتصرف ظاهراً لنفسه لا يسمع أن ذلك المال كان له بلا بينة فيكون القول للمحيل.

المحتال ثم مات المحال عليه مفلساً يبطل حكم الدين في الدنيا فيبطل الرهن به حينئذٍ لأن الرهن ولا دين محال، أما لو فرضنا العين المرهونة ملك المحال عليه لا يأتي ما قاله من موته مفلساً اهـ **قوله في المتن: (فإن طلب المحتال عليه المحيل بما أحال)** أي إذا أراد المحتال عليه بعد قضاء الدين إلى المحتال له أن يرجع بما أدى على المحيل فقال المحيل: ليس لك أن ترجع عليّ لأني كنت أحلت عليك بديني فقال المحتال عليه: بل لي أن أرجع عليك لا يقبل قول المحيل والقول قول المحتال عليه نص عليه في كتاب الكفالة اهـ إتقاني. **قوله: (بل يكون القول للمحيل)** أي مع اليمين لأنه يتكرر الدين اهـ غاية. **قوله: (ولو**

قال رحمه الله: (ولو أحال بماله عند زيد وديعة صحت فإن هلكت برئ) أي إذا كان له وديعة دراهم عند شخص فأحال بها غريمه صحت الحوالة **لأنه أقدر على التسليم** فكانت أولى بالجواز، فإن هلكت برئ لأن الحوالة مقيدة بها إذ لم يلتزم التسليم إلا منها بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ به لأنه يخلف القيمة والفوات إلى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب لا إلى خلف بأن استحق بالبينة صار مثل الوديعة، وقد تكون مقيدة بالدين فحاصله أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة، فالمقيدة أن يقيدها بدين له عليه أو بعين في يده وديعة أو غصب أو نحوه، والمطلقة أن يرسل الحوالة إرسالاً ولا يقيدها بشيء مما عنده من وديعة أو غصب أودين أو يحيله على رجل ليس له عليه شيء مما ذكرنا، والكل جائز لما روينا ولما ذكرنا من المعنى ولأن كلاً منهما يتضمن أموراً جائزة عند الانفراد، وهي تبرع المحتال عليه بالالتزام في ذمته، والإيفاء وتوكيل المحتال بقبض الدين أو العين من المحال عليه وأمر المحال عليه بتسليم ما عنده من العين أو الدين إلى المحتال فكذا عند الاجتماع، وحكم المطلقة أن لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين ولكن المحال عليه يرجع على المحيل بعد أدائه إذا كانت الحوالة برضاه، وليس له أن يرجع قبل الأداء ولكن/ له أن يلازمه إذا لوزم ويحبسه إذا حبس حتى يخلصه كما في [١٩٤ أ/٢] الكفالة، ولو كان الدين مؤجلاً على المحيل كان مؤجلاً في حق المحال عليه، كما في الكفالة ثم لا يصير الدين حالاً بموت المحيل لأنه خرج من البين وصار أجنبياً ويحل بموت المحال عليه لأن الأجل كان حقه **وقد استغنى عنه**، وحكم المقيدة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما أحال به من دين أو عين لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن، ولو ملك المطالبة لبطل حق المحتال ولا يملك ذلك كما لا يملك إبطال حق المرتهن بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه بالعين أو الدين بل تعلق بذمة المحال عليه فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عنده أو عليه من العين والدين، ألا ترى أنها لا تبطل بهلاكه فكذا بأخذه بخلاف المقيدة لأنه فيها لم يلتزم الأداء إلا منها فلو أخذه لبطل حقه، **ولو أبرأ المحتال المحال عليه عن الدين أخذ المحيل ما كان**

لم يدع) أي المحتال اهـ **قوله**: (**لأنه أقدر على التسليم**) أي لتيسر ما يقضي به وحضوره بخلاف الدين عليه اهـ فتح. **قوله**: (**وقد استغنى عنه**) أي بموته فإن لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل إلى أجله. **قوله**: (**ولو أبرأ المحتال المحال عليه عن الدين أخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين**) وقد قالوا: لو أحال رجل رجلاً بمال ثم إن المحيل نقد المال الذي أحاله به جاز، ولم يكن متبرعاً فيما نقد من ذلك وذلك لأن الدين في ذمة المحيل عندنا من طريق الحكم وإن برئ في الظاهر، ألا ترى أن الرجوع مترقب فهو بالقضاء يقصد

عنده من الدين والعين كالمرتهن إذا أبرأ الراهن يرجع برهنه، ولو وهبه له ليس له أن يرجع بدينه لأن المحال عليه ملكه بالهبة **وكذا إذا ورثه، ولو مات المحيل** كان الدين والعين المحتال بهما بين غرمائه بالحصص، وقال زفر رحمه الله: يختص به المحتال وهو القياس لأن حقه متعلق به حال حياته والمحيل كالأجنبي عنه حتى لا يكون له أخذه فصار كالخارج عن ملكه فلا تقضى به ديونه، ولئن كان ملكه ثابتاً فتعلق حق المحتال سابق فصار كالمرهون يختص به المرتهن لتعلق حقه به سابقاً على حقهم، وكدين الصحة يقدّم على دين المرض لما قلنا، ولنا أن هذا مال المحيل لم يثبت لغيره عليه يد الاستيفاء فيكون بين غرمائه، وهذا لأنه لم يملكه المحتال لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل لكن بالحوالة وجب للمحتال في ذمة المحال عليه دين مع بقاء دين المحيل، ولهذا لو توى ما على المحال عليه يتوى على المحيل ولم يثبت عليه أيضاً يد الاستيفاء لأن ثبوت اليد على ما في ذمة الغير لا يتصوّر، وإنما لم يكن للمحيل أن يأخذه لأن المحال عليه لم يقبل الحوالة إلا ليتملّك ما في ذمته أو ليوفي من ذلك المال، فلو أخذه يفوت الرضا فتبطل الحوالة بخلاف الرهن لأنه ثبت عليه يد الاستيفاء، ولهذا لو هلك يهلك على المرتهن فكان هو أحق به وكان ينبغي للمحتال أن لا يكون له حق المزاحمة لأن دينه تحوّل إلى ذمة المحال عليه فلا يزاحم

أن يسقط عن نفسه حق الرجوع فلم يكن بذلك متبرعاً كالوارث إذا قضى دين الميت، وليس كذلك الأجنبي إذا أدى المال لأنه لا يسقط عن نفسه حقاً بالأداء فكان متبرعاً، قالوا: فإن كان الذي عليه المال أحال صاحب المال على رجل له عليه ألف درهم حوالة مطلقة، ولم يقل أحلته عليك بمالي عليك أو على أن تعطيه مالي عليك فقبل فعلى المحال عليه ألفان ألف المحيل وألف المحتال، ولكل واحد منهما أن يطالب بألف لأن صحة الحوالة لا تقف على ثبوت مال المحال عليه فلم تتعلق الحوالة بنفس الدين، لأنه لم يعلقها به، وإنما تعلقت بذمته فبقي الدين بحاله وصار كما لو أحاله عليه بألف وفي يده ألف وديعة، فإن الحوالة لا تتعلق بها وله مطالبته بها كذلك إذا كان عليه دين قالوا: وإذا أدى المحال عليه المال أو وهبه له المحتال أو تصدق به عليه أو مات فورثه المحال عليه رجع في جميع ذلك على المحيل، وذلك لأنه ملك ما في ذمته بهذه الأسباب فإذا ثبت له الرجوع في الأداء فكذلك في جميع الأسباب التي يملكه بها، ولو أبرأ المحتال الحال عليه من المال برئ ولا يرجع على المحيل لأن البراءة إسقاط وليست بتمليك، ومتى لم يملك ما في ذمته لم يرجع اهـ أقطع رحمه الله. **قوله: (وكذا إذا ورثه)** أي ولو لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين ينعكس الجواب ففي الهبة والإرث يرجع، وفي الإبراء لا يرجع اهـ كافي. **قوله: (ولو مات المحيل)** أي وعليه ديون قبل أن يقبض المحتال دين الحوالة فالدين الذي عليه للمحيل

غرماء المحيل، كما إذا كانت الحوالة مطلقة، وإنما يثبت له حق المزاحمة لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك المال فإذا أخذ منه ذلك المال فات الرضا بالحوالة فتبطل الحوالة فيعود الدين إلى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة واستوضح ذلك بمسألة الوديعة والغصب ونحوهما، بخلاف ما إذا كانت مطلقة لأن المحيل بالحوالة برئ من دين المحتال وصار المحتال من غرماء المحال عليه فلم يتعلق له حق بماله فلا يزاحم غرماء المحيل، وإذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحيل بحصة الغرماء لأن الدين الذي على المحال عليه صار مستحقاً فليس له أن يرجع عليه به، كما لو استحق الرهن ولا بما بقي من دينه بعد المخاصة لأنه صار تاوياً فلا يرجع به على أحد.

قال رحمه الله: (**وكره السفاتج**) وهو قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق وصورته أن يقرض ماله إذا خاف عليه الفوات/ ليردّ عليه في موضع الأمن، وهو [١٩٤ب/٢] تعريب سفته وسفته شيء محكم وسمي هذا القرض به لإحكام أمره، وإنما كره لما روي أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن قرض جر نفعاً»(١) **وقيل: إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به** والله أعلم.

بين غرماء المحيل والمحتال أسوة الغرماء فيه اهـ معراج الدراية. **قوله في المتن: (وكره السفاتج)** قال في الفتاوى الصغرى: السفتج إن كان مشروطاً في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد، وإن لم يكن مشروطاً جاز، وقال في الواقعات: رجل أقرض رجلاً مالاً على أن يكتب له بها إلى بلد كذا فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بغير شرط وكتب كان هذا جائزاً، وكذلك إذا قال: اكتب لي سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه، وقال في كفاية البيهقي: وسفاتج التجار مكروهة لأنه ينتفع بإسقاط خطر الطريق إلا أن يقرض مطلقاً ثم يكتب السفتجة فلابأس هكذا روي عن ابن عباس، والأصل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى عن قرض جر نفعاً» ولأنه تمليك دراهم بدراهم، فإذا شرط في بلد أن يدفع في بلد آخر صار في حكم التأجيل، والتأجيل في الأعيان لا يصح وهذا هو القياس إذا لم يشرط الدفع في بلد آخر إلا أنهم استحسنوا فقالوا: لا يكره كذا في شرح الأقطع، ثم قيل: إنما أورد القدوري هذه المسألة في هذا الباب لأنها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة، ونقل عن الإمام نور الدين الكردي أنه قال: إنما أوردها في الحوالة لأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض في معنى الحوالة اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (وقيل: إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به)** قال الكمال: ثم قالوا: إنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٥/ ٣٥٠)، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٦٠) واللفظ له.

ظاهر، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا، والذي يحكى عن أبي حنيفة أنه لم يقعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له، لأن ذلك لا يكون انتفاعاً بملكه كيف ولم يكن مشروطاً ولا متعارفاً، وإنما أورد هذه المسألة هنا لأنها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم اهـ وكتب على قوله فلابأس به ما نصه: روي عن ابن عباس ذلك، ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما له عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطاً اهـ كمال.

كتاب القضاء

القضاء في اللغة الإتقان والإحكام قال قائلهم:

وعليهما مسرودتان قضاهما   داود أو صنع السوابغ تبع[1]

أي أحكم صنعتهما، وهو في الشرع فصل الخصومات وإنه أفضل العبادات وبه أمر كل نبي، وقال الله تعالى: ﴿إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون﴾ [المائدة:٤٤] وقال تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾ [المائدة:٤٨] والحاكم نائب عن الله في أرضه في إنصاف المظلوم من الظالم وإيصال الحق إلى المستحق، ودفع الظلم عن العباد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كل ذلك من الصفات الحميدة يميل إليها كل لبيب، ومحاسنه لا تخفى على أحد ولولا ذلك لفسد البلاد والعباد.

قال رحمه الله: (**أهله أهل الشهادة**) لأن كل واحد منهما تثبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم أن يحكم والحاكم بحكمه يلزم الخصم، ومن صلح شاهداً صلح قاضياً فكانا من باب واحد فيستفاد أحدهما من الآخر.

قال رحمه الله: (**والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة إلا أنه لا ينبغي أن يقلد**) ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة لا ينعزل ويستحق العزل، وإذا أخذ القضاء

كتاب القضاء

قوله: (في الشعر أو صنع) امرأة صناع اليدين أي حاذقة ماهرة بعمل اليدين وامرأتان صناعان ونسوة صنع مثل قذال وقذل ورجل صنع اليدين وصنع اليدين أيضاً بالكسر أي صانع حاذق وكذلك رجل صنع بالتحريك قال أبو ذؤيب:

وعليهما مسرودتان قضاهما   داود أو صنع السوابغ تبع

هذه رواية الأصمعي ويروى أو صنع السوابغ اهـ صحاح. **قوله في المتن: (أهله أهل الشهادة)** قال القدوري في مختصره: ولا تصح ولاية القاضي حتى تجتمع في المولى شرائط الشهادة، قال الإتقاني: وإنما شرط شرائط الشهادة من الحرية والعقل والبلوغ والعدالة في القضاء لأن القضاء ولاية كالشهادة بل القضاء ولاية عامة، فلما اشترط في الشهادة من الصفات كان اشتراطها في القضاء أولى اهـ **قوله في المتن: (والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة إلا أنه لا ينبغي أن يقلد)** أي كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل

---

(١) البيت من البحر الكامل، وهو لأبي ذؤيب في سر صناعة الإعراب (٢/ ٧٦٠) مادة (تبع) لسان العرب (٨/ ٣١)، (٨/ ٢٠٩) (صنع).

بالرشوة لا يصير قاضياً) **وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال بعض مشايخنا: إذا قلد الفاسق ابتداء يصح** ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق، لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضياً دونها، كالعبد المأذون له في التجارة إذا أبق ينعزل ولو أذن له وهو آبق جاز، وعن علمائنا الثلاثة في النوادر أن الفاسق لا يصلح قاضياً، والظاهر هو الأول وأن العدالة شرط الأولوية، وكذا الاجتهاد حتى لو ولي الجاهل القضاء صح، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز إلا أن يكون عالماً عدلاً مأموناً لقوله عليه الصلاة والسلام: «القضاة ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة» الحديث. ففسر القاضيين أحدهما جاهل يحكم بالجهل، والآخر عالم يحكم بالجور، والثالث العالم العدال يحكم بعلمه، ولأنه مأمور بالقضاء بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها والفاسق غير مأمون فلا يجوز، ولنا أن المقصود إيصال الحق إلى المستحق وهو يحصل بالعمل بفتوى غيره، ولا حجة له في الحديث فإنه عليه الصلاة والسلام سماه قاضياً، ولولا أن التولية تصح لما سماه قاضياً، ولأن الصحابة رضي الله عنهم أجازوا حكم من تغلب من الأمراء وجار وتقلدوا منه الأعمال وصلوا خلفه، ولولا أن توليته صحيحة لما فعلوا ذلك.

قال رحمه الله: (**والفاسق يصلح مفتياً** وقيل: لا) يصلح لأنه من أمور المسلمين وخبره غير مقبول في الديانات وجه الأول أنه يجتهد حذار النسبة إلى الخطأ.

القاضي شهادته، ولو قبل جازت عندنا اهـ هداية. **قوله: (وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى)** ذكر الإستروشني إذا ارتشى القاضي وحكم لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وينفذ فيما لم يرتش، وذكر الإمام البزدوي أنه ينفذ فيما ارتشى أيضاً، وقال بعض مشايخنا: إن قضاياه فيما ارتشى وفيما لم يرتش باطلة، وبالقول الأول أخذ شمس الأئمة السرخسي وهو اختيار الخصاف، وإن ارتشى ولد القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه فإن كان بأمره ورضاه فهو ما لو ارتش القاضي سواء ويكون قضاؤه مردوداً وإن كان بغير علم القاضي نفذ، وكان على المرتشي ردّ ما قبض إلى هنا لفظ الفصول اهـ إتقاني. **قوله: (وقال بعض مشايخنا: إذا قلد الفاسق ابتداء يصح)** قال في خلاصة الفتاوى: واختلفت الروايات في تقليد الفاسق القضاء، والأصح أنه يصح التقليد ولا ينعزل بالفسق، ثم قال في المحيط: يستحق العزل عند عامة المشايخ إلا إذا شرط في التقليد أنه متى جار ينعزل، وعند الشافعي ينعزل والإمام يصير إماماً مع الفسق، ولا ينعزل بالفسق بلا خلاف إلى هنا لفظ الخلاصة اهـ غاية. **قوله في المتن: (والفاسق يصلح مفتياً)** قال أبو العباس الناطفي في آخر أدب القاضي من كتاب الأجناس: الفقيه إذا كان فاسقاً هل يجوز أن يستفتى منه فيه كلام بين المشايخ ذكر محمد بن شجاع في نوادره سمعت بشر بن غياث يقول: أرى الحجر على ثلاثة فقيه فاسق وطبيب جاهل ومكار مفلس، وقال محمد بن شجاع في قول نفسه: لابأس بأن يستفتى من الفقيه الفاسق لأنه يكره أن يخطئه

قال رحمه الله: (**ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظاً غليظاً جباراً عنيداً**، وينبغي أن يكون موثوقاً به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه) ويكون شديداً من غير عنف ليناً من غير ضعف لأن المقصود من القضاء دفع الفساد وإيصال الحقوق إلى مستحقيها وإقامة حقوق الله تعالى وهو من أهم أمور المسلمين وأقوى واجب عليهم، فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب وأصبر على / ما أصابه [١٩٥ أ/٢] من الناس كان أولى، وينبغي للمولى أن يتفحص في ذلك ويولي من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام: «من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين»[١].

قال رحمه الله: (والاجتهاد شرط الأولوية) لأنه أقدر على الحكم بالحق واختلفوا في حد الاجتهاد قيل: أن يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها، **والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الأحكام** منهما ومعرفة الإجماع والقياس ليمكنه استخراج الأحكام الشرعية واستنباطها من أدلتها بطريقها، ولا يشترط معرفة الفروع التي استخرجها المجتهدون بآرائهم وقال بعضهم: يشترط مع هذا أن يكون عارفاً بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كأبي حنيفة والشافعي وغيرهما من المجتهدين، وقال بعضهم: من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو من أهل الاجتهاد والأشبه أن يقال: أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث **كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص** عليه، وقيل: لا بدّ مع هذا من أن يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لأن كثيراً من الأحكام تبتنى عليها.

قال رحمه الله: (والمفتي ينبغي أن يكون هكذا) يعني في العلم والأمانة لأنه أقدر على المقصود وأبعد من الغلط وأكثر اهتماماً في دينه عند تجدد الحوادث فيكون كلامه أوثق فيعتمد عليه.

قال رحمه الله: (وكره التقلد لمن خاف الحيف) أي الظلم كيلا يكون ذريعة إلى مباشرة الظلم.

الفقهاء فيجيب بما هو الصواب اهـ غاية. **قوله في المتن**: (**ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظاً**) أي جافياً اهـ **قوله**: (**غليظاً**) أي شديداً في الكلام متفاحشاً اهـ **قوله**: (**جباراً**) أي متكبراً مقبلاً بغضب اهـ **قوله**: (**عنيداً**) أي معانداً عنيفاً لأن المقصود من القضاء دفع الفساد وهذه الأشياء بعينها فساد اهـ عيني. **قوله**: (**والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الأحكام**) أي ولا يشترط أن يكون عالماً بجميع ما في الكتاب والسنة اهـ إتقاني. **قوله**: (**كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص إلخ**) والتفاوت بين العبارتين أن الأول مشتهر بالحديث وله فقه أيضاً، والثاني مشتهر

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٦٣).

قال رحمه الله: (وإن أمنه لا) أي إن أمن الظلم لا يكره التقلد لأن كبار الصحابة رضي الله عنهم والتابعين وعلمائهم تقلدوه وكفى بهم قدوة.

قال رحمه الله: (ولا يسأل القضاء) لقوله ﷺ: «من طلب القضاء **وُكِّلَ إلى نفسه** ومن أجبر عليه نزل عليه ملك من السماء يسدّده»(١) ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم، وكره بعض المشايخ أن يدخل في القضاء مختاراً لقوله عليه الصلاة والسلام: «من ابتلي بالقضاء فكأنما ذبح بغير سكين»(٢)، ولأن القضاء بالحق لا يمكنه إلا بأعوان **وقد لا يعينه عليه أحد** وكان في بني اسرائيل من فرّغ نفسه للعبادة ستين سنة ترجى له النبوة، فإذا اشتغل بالقضاء أيسوا من نبوّته، فهذا دليل على أنه مسقطة وإن تعين هو للقضاء بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعاً لظلم الظالمين.

قال رحمه الله: (**ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر** من أهل البغي) لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة علي وكان **الحق بيد عليٍّ** يومئذٍ، وقد قال علي رضي الله عنه: إخواننا بغوا علينا، وعلماء السلف تقلدوه

بالفقه وله بصر بالحديث أيضاً اهـ غاية. **قوله**: (**وكل إلى نفسه**) على صيغة المبني للمفعول بتخفيف الكاف أي فوّض أمره إليها ومن فوّض أمره إلى نفسه كان مخذولاً غير مرشد للصواب لكون النفس أمارة بالسوء اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقد لا يعينه عليه أحد**) قال في الهداية: والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعاً في إقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوافق له اهـ **قوله في المتن**: (**ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر**) قال الإتقاني: وإن كان قاضي الخوارج من أهل الجماعة والعدل فقضى ثم رفع إلى قاضي العدل أمضاه ويجوز قضاؤه بين الناس، لأن شريحاً كان يتولى القضاء من جهة معاوية ومن بعده من بني أمية وكانوا خارجين على إمام الحق، ولم يرو عن أحد من أهل الحق أنه فسخ قضاءه وكذلك غير شريح تولوا لهم، ولم يرو عن أحد من الأئمة نقض قضائهم، فدل على أن القاضي إذا كان عادلاً في نفسه لا يعتبر فسق من ولاه اهـ **قوله**: (**وكان الحق بيد عليّ إلخ**) قال في الهداية: والحق كان بيد عليٍّ في نوبته قال الإتقاني رحمه الله: وإنما قيد بنوبته احترازاً عن قول الروافض: لعنهم الله فإنهم يقولون: فالحق كان بيد عليّ رضي الله عنه في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله تعالى عنهم، وهذا مخالف لقول الله تعالى: ﴿ومن يشاقق الرسول

---

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٢٣)، وأبو داود في الأقضية (٣٥٧٨)، وابن ماجة في الأحكام (٢٣٠٩)، وأحمد في مسنده (١١٧٧٤).

(٢) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٢٥) بلفظ (من ولي القضاء)، وأبو داود في الأقضية (٣٥٧١)، وابن ماجة في الأحكام (٢٣٠٨)، وأحمد في مسنده (٧١٠٥).

من الحجاج **إلا إذا كان** لا يمكنه من القضاء بالحق فيحرم عليه لأنه يحصل به ضرر المسلمين.

قال رحمه الله: (فإن تقلد يسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرهما) من الصكوك ونصب الأوصياء والقيماء في الأوقاف وتقدير النفقات المفروضات لأن الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء، وهذا لأن القاضي يكتب نسختين إحداهما في يده لاحتمال الحاجة إليها والأخرى في يد الخصم، وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان ثم إن كانت الأوراق من بيت المال فلا إشكال في وجوب تسليمها إلى الجديد لأنها إنما/ كانت في يد الأول لعمله، وقد انتقل العمل إلى غيره فلا معنى [١٩٥ب/٢] لتركها في يده بعد العزل، وكذا إذا كانت من مال الخصوم أو من مال القاضي في الصحيح لأن الخصوم وضعوها في يده لعمله، وكذا القاضي يحمل على أنه عمل ذلك تديناً لا تموّلاً فيجب تسليمه إليه ويبعث عدلين من أمنائه أو عدلاً واحداً والاثنان أحوط ليقبضا ديوان المعزول بحضرته أو بحضرة أمينه، ويسألان المعزول شيئاً فشيئاً فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعانه في خريطة وما كان من نصب الأوصياء في أموال اليتامى يجمعانه في خريطة أخرى، وما كان من تقدير النفقات يجمعانه في خريطة أخرى وما كان من نسخ قيماء الأوقاف يجمعانه في خريطة وما كان من الصكوك يجمعانه في خريطة لأن هذه النسخ كانت تحت تصرف المعزول فلا تشتبه عليه متى احتاج إلى نسخة منها، فأما الجديد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع منها في خريطة وبالجمع يسهل، وإنما يسألان المعزول وإن لم يكن قوله حجة لينكشف عنهما ما أشكل عليهما فإذا قبضا ذلك ختما عليه تحرزاً عن التغيير.

قال رحمه الله: (ونظر في حال المحبوسين) أي القاضي الجديد ينظر في حالهم لأنه نصب ناظراً للمسلمين، (فمن أقر بحق أو قامت عليه البينة ألزمه) لأن كل واحد منهما حجة ملزمة، ولا يقبل قول المعزول لأنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا، وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما على فعل نفسه، وإن لم تقم عليه بينة وادّعى أنه حبس ظلماً لا يعجل بتخليته.

من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم﴾ [النساء: ١١٥] وهذا لأن خلافتهم انعقد عليها إجماع الصحابة ولم يرو عن عليّ خلاف ذلك اهـ **قوله**: **(إلا إذا كان)** هذا استثناء من قوله يجوز تقلد القضاء من السلطان الجائر اهـ **قوله**:

قال رحمه الله: (وإلا نادى عليه) أي إن لم تقم عليه بينة ولم يقر هو نادى عليه لأن المعزول حبسه بحق ظاهر فلا يعجل بتخليته حتى ينكشف له حاله وينادي عليه إذا جلس للحكم أياماً ويقول المنادي: من كان يطالب فلان بن فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه **فإن حضروا لا، ففي رأي القاضي أن يطلقه** فإن حضر له خصم فبها **وإلا أخذ منه كفيلاً** وأطلقه، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذه المسألة وبين قسمة التركة حيث لا يؤخذ من الورثة كفيل إذا أرادوا القسمة عنده أن الورثة ظهر حقهم في المال فلا يؤخر إلى التكفيل لاحتمال أن يكون له وارث غيرهم، لأن ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفي هذه المسألة أن القاضي لا يحبسه إلا بحق ظاهر واحتمال حبسه بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر، وهذا لأن فعل المسلم يحمل على الصلاح ما أمكن فيحمل عليه حتى يظهر خلافه.

قال رحمه الله: (وعمل في الودائع وغلات الوقف ببينة أو إقرار) لأن كل واحد منهما حجة، والمراد بالإقرار إقرار من في يده لأن إقرار الأجنبي غير مقبول.

قال رحمه الله: (ولم يعمل بقول المعزول: إلا أن يقر ذو اليد أنه سلمها إليه فيقبل قوله فيهما) أي في الودائع وغلات الوقف لأن المعزول التحق بالرعايا فلا يقبل قوله إلا أن يعترف الذي في يده أن القاضي سلمها إليه فيقبل قوله فيهما لأنه ثبت بإقراره أنه مودع القاضي ويد المودع كيده فصار كأنه في يده فيقبل إقراره به، إلا إذا بدأ صاحب اليد بالإقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي إليه **والقاضي يقرّ به لغيره** فيسلم إلى المقرّ له الأول **ويضمن المقر قيمته للقاضي بإقراره الثاني** والمسألة على أربعة أوجه، إما أن يقر بأنه سلمه إليه بعدما أقر به لغيره، أو ينكر التسليم فحكمهما ما ذكرناه/ [١٩٦/أ٢] أو يقر بأن المعزول سلمه إليه ثم يقر به لغيره فلا يقبل إقراره الثاني لأنه لما أقر بأن القاضي سلمه إليه صار كأنه في يد القاضي. والرابع أن يقر بأن القاضي سلمه إليه ثم يقول: لا أدري لمن هو **فحكمه ظاهر**.

(فإن حضر وإلا ففي رأي القاضي أن يطلقه) من كلام المنادي اهـ **قوله: (أن يطلقه)** أي ينادي كذلك أياماً اهـ رازي. **قوله: (وإلا أخذ منه كفيلاً)** أي بنفسه اهـ وكتب ما نصه: لجواز أن يكون له خصم غائب يحضر ويدعي عليه اهـ قال الإتقاني: وإن قال: لا كفيل لي أو لا أعطي كفيلاً فإنه لا يجب عليّ شيء نادى عليه شهراً ثم تركه لأن الحق لم يثبت عليه فلا يلزمه إعطاء الكفيل، وإنما طلبه القاضي به احتياطاً فإن لم يعطه وجب عليه أن يحتاط بنوع آخر فينادي عليه شهراً فإذا مضى المدة أطلقه اهـ **قوله: (والقاضي يقرّ به لغيره)** أي لرجل آخر غير الذي أقرّ به الأمين اهـ **قوله: (ويضمن المقرّ قيمته للقاضي بإقراره الثاني)** أي ويسلم للمقر له من جهة القاضي، كذا في بعض نسخ الهداية، وكذا ذكر ابن الهمام اهـ **قوله: (فحكمه ظاهر)** أي وهو

قال رحمه الله: (ويقضي في المسجد) وكذلك السلطان يجلس للحكم في المسجد، وقال الشافعي: يكره ذلك لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى: ﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام﴾ [التوبة:٢٨]، والحائض وهي ممنوعة من دخوله ولأنه بني لذكر الله تعالى ولإقامة الصلوات لا للخصومات والمنازعات، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «إنما بنيت المساجد لذكر اللّه تعالى والحكم»[١] وكان عليه الصلاة والسلام يفصل الخصومات في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم في المساجد، ولأن الحكم عبادة على ما بينا من قبل فيجوز إقامتها في المسجد كالصلوات ولأنه أبعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين وأبعد من التهمة في حق القاضي فكان أولى، وليس في بدن المشرك نجاسة تلوث وإنما ذلك في اعتقاده، والحائض تخبر بحالها لأنها مسلمة فيخرج لها القاضي كما إذا كانت الخصومة على الدابة فالجامع أولى لأنه أشهر وأسهل على الناس إذا كان وسط البلد، وإن كان في الطرف يختار مسجداً آخر في وسط البلدة.

قال رحمه الله: (أو في داره) لأن الحكم عبادة لا تختص بمكان فجاز أن يحكم في منزله، فإذا جلس للحكم في منزله أذن للناس بالدخول عليه ولا يمنع أحداً من الدخول فيه ويجلس معه من كان يجلس معه في المسجد، ثم لابأس به إذا كان منزله في وسط البلدة وإلا فليقعد في وسط البلدة لما ذكرنا، **فحاصله أن الجلوس للحكم أن يكون** في أشهر الأماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بوّاب أفضل، ولو حكم في أي مكان شاء جاز ولا يحكم وهو ماش لأن الرأي لا يجتمع وهو مشغول بالمشي، ولابأس بأن يقعد في الطريق إذا كان لا يضيق على المارة، ولابأس بأن يحكم وهو متكئ لأنه يزيد في الرأي لزيادة راحة فيه، ولكن القضاء مستوي الجلوس أفضل تعظيماً لأمر القضاء، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه استفتي عن مسألة وهو متكئ فاستوى وارتدى وتعمم ثم أفتى تعظيماً لأمر الفتيا ولا يجلس وحده لأنه يورث التهمة، وإن جلس وحده فلابأس به إن كان عالماً بالقضاء، وإن كان جاهلاً يستحب له أن يقعد معه أهل العلم، لأنه لا يؤمن من أن يزل عن الحق فينبهونه عليه ويجلسهم قريباً منه للمشورة، وكذا أهل العدل للشهادة عليه بخلاف الأعوان حيث يكونون بعيداً عنه لأنهم لأجل الهيبة وهو أهيب.

كونه لمن أقر له المعزول اهـ قوله: **(فحاصله أن الجلوس للحكم أن يكون إلخ)** قوله: أن يكون في تأويل مصدر على أنه مبتدأ خبره، قوله: بعد أفضل أي كونه في أشهر الأماكن أفضل، والجملة من المبتدأ والخبر في محل رفع خبر أن وأنَّ واسمها وخبرها في محل رفع خبر قوله: فحاصله

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٧٠).

قال رحمه اللّه: (ويردّ هدية إلا من قريبه أو ممن جرت عادته بذلك) لأن الأولى صلة الرحم وردّها قطيعة وهي حرام، والمراد بالقريب هو ذو الرحم المحرم، والثانية ليست لأجل القضاء وإنما هي جري على العادة فلا يتوهم فيهما الرشوة، حتى لو كان لهما خصومة أو زاد على العادة يرده لأنه لأجل القضاء فيكون من الغلول كغيرهما من الهدايا لأنها تشبه الرشوة فيتجنب عنها، وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم.

قال رحمه اللّه: (**ودعوة خاصة**) أي لا يحضر دعوة خاصة لأنها جعلت لأجله، والخاصة هي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي، وقيل: كل دعوة اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة، ولم يفصل في الخاصة / بين أن تكون من القريب [١٩٦ ب/٢] أو من غيره وبين ما إذا جرت له عادة بها أو لم تجر، وقال في الكافي: وإن كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه في الدعوة الخاصة لأن إجابة دعوته صلة الرحم، قال: كذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب، وعلى قول محمد رحمه الله يجيب وإنما لا يجيب الدعوة الخاصة للأجنبي إذا لم يتخذ الدعوة لأجله قبل القضاء، فعلى هذا لا فرق بينها وبين الهدية وهو القياس.

قال رحمه اللّه: (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لقوله عليه الصلاة والسلام: «للمسلم على المسلم ستة حقوق إذا دعاه أن يجيبه، وإذا مرض أن يعوده، وإذا مات أن يحضره، وإذا لقيه أن يسلم عليه، وإذا استنصحه أن ينصحه، وإذا عطس أن يشمته»[١]، وحق المسلم لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان، وإن كان للمريض خصومة مع أحد لا يعوده.

قال رحمه اللّه: (**ويسوي بينهما جلوساً وإقبالاً**) أي يسوّي بين الخصمين في الجلوس لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في

واللّه الموفق. **قوله في المتن: (ودعوة خاصة)** الدعوة بفتح الدال الضيافة عند جمهور العرب وتيم الرباب تكسر دالها وذكرها قطرب[٢] بالضم وغلطوه اهـ تحرير. **قوله: (ويستوي بينهما جلوساً وإقبالاً)** قوله: وإقبالاً ساقط في خط الشارح، ولكن ثابت في نسخ المتن وهو ملحق

---

(١) أخرجه مسلم في السلام (٢١٦٢)، والترمذي في الأدب (٢٧٣٧)، والنسائي في الجنائز (١٩٣٨)، وأحمد في مسنده (٨٠٧٢).

(٢) هو محمد بن المستنير بن أحمد أبو علي الشهير بقطرب: نحوي عالم بالأدب واللغة من أهل البصرة وقطرب لقبه دعاه به أستاذه سبيويه، توفي سنة (٢٠٦هـ) من آثاره: النواد ومعاني القرآن. انظر شذرات الذهب (٢/١٥)، الأعلام (٧/٩٥).

المجلس» والإشارة والنظر ولأنه إذا قدم أحدهما يجترئ على خصمه وتنكسر همة صاحبه فيؤدّي ذلك إلى ترك حقه، وينبغي للخصمين إذا حضرا بين يدي القاضي أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان، وإن فعلا ذلك منعا تعظيماً لأمر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيماً له، ويكون بينهما وبين القاضي قدر ذراعين أو نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف بإصغاء أو رفع صوت، ولا يقعد أحدهما من جانب اليمين والآخر من اليسار لأن جانب اليمين أفضل فيكون تقديماً له على صاحبه يفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه أن يسوي فيه بين الأب والابن وبين الخليفة والرعية وبين الدنيء والشريف، وهذا دليل على أن للقاضي أن يقضي على الملك الذي ولاه القضاء، وكذا فعل شريح رضي الله تعالى عنه بعلي مع خصمه واحد من الرعية، وعليّ خليفة رضي الله تعالى عنهما فإذا سوّى بينهما في الفعل فلا حرج عليه فيما يجده في قلبه من الميل إلى أحدهما بعد أن حكم بينهما بالحق لأن ذلك لا قدرة له عليه كما في القسم بين نسائه.

قال رحمه اللّه: (وليتق عن مسارّة أحدهما وإشارته وتلقين حجته وضيافته) أي يجتنب هذه الأشياء لأن فيه [تهمة][1] ومكسرة لقلب الآخر، ولو أضافهما جملة فلا بأس لوجود التسوية بينهما.

قال رحمه اللّه: (والمزاح) أي يجتنب المزاح مطلقاً معهما أو مع أحدهما أو مع غيرهما في مجلس الحكم، ولا يكثر في غيره لأنه يذهب بالمهابة، فحاصله أنه لا يكلمهما بغير ما تقدما إليه لأجله فإن ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء، فإذا حضرا فهو بالخيار إن شاء بدأهما بالكلام فقال: ما لكما، وإن شاء تركهما حتى يبدآه بالمنطق وهو أحسن كيلا يكون مهيجاً للخصومة لأنه قعد لقطعها، وإذا تكلم المدعي أسكت الآخر واستمع حتى يفهم ما يقول فإذا فرغ الدعوى أمره بالسكوت واستنطق الآخر إذا طلب المدعي ذلك، وقيل: من غير طلبه لأنهما إذا تكلما جملة لا يتمكن من الفهم هذا إذا كانت دعواه صحيحة، وإن لم تكن صحيحة قال له: قم فصحح دعواك لأن الجواب لا يستحق إلا بعد تصحيح الدعوى، فإذا صحت وأنكر المدعى / عليه سأله البينة، فإن عجز عنها استحلف المدعى عليه إن طلب المدعي [١٩٧/أ ٢] يمينه، ويرتب الناس في الفصل على ترتيب مجيئهم فيبدأ بالسابق فالسابق ويجعل في ذلك أميناً يخبره ولا يجمع بين النساء والرجال في زحمة بل يجعل الرجال ناحية

لا بدّ منه. **قوله**: **(الدنيء)** يعني الذميّ كذا في شرح العيني. **قوله**: **(وإشارته)** أي بيده أو

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

والنساء ناحية إلا إذا كان لأحدهما على الآخر دعوى فيجلسان بين يديه وقت الدعوى.

قال رحمه الله: (وتلقين الشاهد) أي يجتنب تلقين الشاهد أيضاً لأن فيه إعانة لأحد الخصمين فيوهم الميل إليه فيكون فيه كسر قلب الآخر فصار كتلقين أحد الخصمين، **واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة** لأنه قد يحصر وقد يقول: أعلم مكان قوله: أشهد لمهابة المجلس فكان في تلقينه إحياء الحق، ولا تهمة في مثله فكان من باب التعاون على البر كأشخاص الغريم وتكفيله وحيلولته بينه وبين أشغاله قبل ثبوت الحق عليه، وهذا نوع رخصة عنده رجع إليه بعدما تولى القضاء والعزيمة فيما قالا، لأنه لا يخلو عن نوع تهمة.

فصل في الحبس

ولما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب القضاء وجعله من جملته، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى في قطاع الطريق: ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ [المائدة:٣٣] والمراد به الحبس، وأما السنة فلأنه عليه الصلاة والسلام «حبس رجلاً بالتهمة[١] **وحبس رجلاً آخر من جهينة أعتق شقصاً** له في مملوك»[٢]، وأما الإجماع فلأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم ومن بعدهم أجمعوا عليه إلا أن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله تعالى عنهم لم يكن سجن، وكان

عينه أو حاجبه اهـ **قوله: (واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة)** أي كما إذا ترك الشاهد لفظ الشهادة مثلاً أما في موضع التهمة فلا، كما إذا ادَّعى المدعي ألفاً وخمسمائة فشهد الشاهد بألف فلقنه القاضي بقوله يحتمل أنه أبرأه عن خمسمائة فتلقن الشاهد ذلك ووفق اهـ

فصل في الحبس

قوله: (وحبس رجلاً آخر من جهينة أعتق شقصاً إلخ) لعله يشير إلى ما أخرجه البيهقي في سننه من حديث أبي مجزل وليس بصحابي بل تابعي، واسمه لاحق بن حميد أن عبداً كان بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه فحبسه رسول الله ﷺ حتى باع غنيمة له فهو مرسل، ويمكن في وجه حبسه أن يقال: إنه لزمه ضمان ما أتلفه فلم يعطه فحبسه حتى باع غنيمة

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

يحبس في المسجد والدهليز وبالربط، ولما كان في زمن علي رضي الله تعالى عنه بنى السجن وكان هو أوّل من بناه في الإسلام وسمي السجن نافعاً ولم يكن حصيناً فانفلت الناس منه، وبنى سجناً آخر وسماه **مخيساً وقال فيه شعراً**:

ألا تراني كيساً مكيسا   بنيت بعد نافع مخيسا

قال رحمه الله: (وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه فإن أبى حبسه في الثمن، والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة) معناه يحبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده أو التزمه بعقد إذا طلب المدّعي حبسه بعد إبائه من الدفع إليه لأنه بالإباء ظهر مطله، وبالمال الذي حصل في يده أو التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته، لأنا تيقنا بحصول المال له والظاهر بقاؤه بالتقلب فيه، وكذا لا يلتزم الإنسان باختياره ما لا يقدر عليه عادة فإذا ظهر مطله مع القدرة وهو ظلم لقوله عليه الصلاة والسلام: «مطل الغني ظلم»[1] استحق العقوبة، ثم شرط المصنف رحمه الله الإباء بعد أمره، ولم يفصل بين ما إذا ثبت الحق عليه ببينة أو إقرار وفرق بينهما في الهداية فقال: إذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره، وإن ثبت بإقراره لم يعجل بحبسه لأنه لم يعرف كونه مماطلاً في أوّل الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله، ومثله حكي عن الصدر الشهيد، والمحكي عن شمس الأئمة السرخسي عكس ذلك لأنه إذا ثبت بالبينة يعتذر فيقول: ما علمت أن له عليّ ديناً إلا الساعة فإذا علمت قضيت **ولا يتأتى ذلك في الإقرار**، والأحسن ما ذكره / هنا فإنه يؤمر بالإيفاء مطلقاً لأنه يحتمل أن يوفي [١٩٧ب/٢]

له ودفع قيمة نصيب صاحبه اهـ **قوله**: (**مخيساً**) ذكره في المغرب في باب الخاء المعجمة مع الياء آخر الحروف اهـ قال الجوهري: وخيسه تخييساً أي ذلله ومنه المخيس وهو اسم سجن كان بالعراق أي موضع التذليل وكل سجن مخيس ومخيس أيضاً اهـ **قوله**: (**وقال: فيه شعراً**) أي علي رضي الله عنه اهـ **قوله**: (**في الشعر ألا تراني إلخ**) أنشده في الصحاح أما تراني في موضعين في خيس وكيس ولم يعزه لأحد اهـ **قوله**: (**في الشعر أيضاً مكيساً**) قال في المغرب: في الكاف مع الياء الكيس الظرف وحسن التأتي في الأمور ورجل كيس من قوم أكياس والمكيس المنسوب إلى الكياسة اهـ وقال في الصحاح: والرجل كيس مكيس أي ظريف. **قوله**: (**في الشعر أيضاً بنيت بعد نافع مخيساً**) بعد هذا كلام ليس في خط الشارح وهو باباً حصيناً وأميناً كيساً اهـ قوله: وأميناً أي ونصبت أميناً يعني السجان اهـ **قوله**: (**ولا يتأتى ذلك في الإقرار**) أي لأنه كان عالماً بالدين ولم يقضه حتى أحوجه إلى

---

(١) تقدم تخريجه.

فلم يعجل بحبسه قبل أن يتبين له حاله بالأمر والمطالبة بذلك، والصواب لا يحبسه فيما إذا طلب المدّعي ذلك **حتى يسأله** فإن أقر أن له مالاً أمره بالدفع فإن أبى حبسه لظهور مطله، وإن أنكر المال والمدّعي يقول له مال فالقاضي يقول للمدّعي: ألك بينة أن له مالاً فإن أقام البينة أن له مالاً أمره بالدفع، فإن أبى حبسه، وإن عجز عن البينة والمدّعي يدعي أن له مالاً وهو ينكر كان القول قول المدّعي فيما ذكر في المختصر من الديون، وهو كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده أو التزمه بعقد فيحبسه به لما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (لا في غيره إن ادّعى الفقر إلا أن يثبت غريمه غناه فيحبسه [بما رأى] أي لا يحبسه في غير ما ذكرنا من الديون، وذلك مثل أروش الجنايات][1] **وديون النفقات** وضمان الإعتاق لأن ذلك مما ليس ببدل مال ولا ملتزم بعقد إن ادَّعى الفقر إلا أن يثبت المدّعي المال بالبينة، فحينئذ يحبسه بقدر ما يرى لأن المنكر متمسك بالأصل إذ الأصل أن الآدمي يولد فقيراً لا مال له، والمدعي يدعي أمراً عارضاً فكان القول لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه الظاهر إلا أن يثبت المدّعي بالبينة أن له مالاً، بخلاف الفصل المتقدم لأن الظاهر يكذبه لأن المال فيه حصل في يده، ولا يلتزم الإنسان عادة ما لا يقدر عليه فظهر غناه بذلك، والمراد بالمهر المعجل

شكواه اهـ **قوله: (حتى يسأله)**أي يسأل القاضي المدعى عليه ألك مال اهـ **قوله: (وديون النفقات)** أي لا يحبس في ديون نفقة الزوجات إن ادّعى الفقر والمراد النفقة المقضي بها أو التي تراضيا عليها، لأن النفقة لا تصير ديناً إلا بذلك وفهم من قول المصنف إن ادَّعى الفقر أنه إن لم يدع الفقر يحبس كما لو أثبت غريمه غناه كما نص عليه في المتن، أما النفقة الماضية من غير فرض وتقدير فلا حبس فيها مطلقاً نعم يحبس الرجل في نفقة زوجته الحاضرة إذا امتنع من الإنفاق عليها كما سيجيء متناً وشرحاً، فإن قلت قول الشارح فيما سيأتي في قوله: بخلاف النفقة الماضية فإنها تسقط بمضي الزمان، وإن لم تسقط بأن حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها فإنها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد على ما بينا ظاهر في أنه لا يحبس في النفقة التي قضى بها أو تراضيا عليها، قلت: هو محمول على ما إذا ادَّعى الفقر توفيقاً بينه وبين ما ذكر هنا، إذ لو لم يحمل وفهم على إطلاقه من عدم الحبس لناقض قوله: لا في غيره إن ادَّعى الفقر وقد قال في الظهيرية: وإذا فرض القاضي النفقة ولم يعطها وقدمته إلى القاضي مراراً ولم ينجع نصح القاضي فيه حبسه اهـ فهذا كما ترى صريح في الحبس في المقضي بها لكنه محمول على ما إذا لم يدع الفقر أو ادَّعاه وعلم القاضي يساره، وقال الإمام البيهقي في الكفاية: امتنع عن النفقة بعد الفرض لم

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

الذي يحبس فيه ما تعورف تعجيله، والزائد عليه لا يحبس فيه لأنه جرى فيه التسامح بتأخير المطالبة، وإن كان حالاً فلا يدل دخوله في العقد على أنه قادر عليه، واختار الخصاف أن القول للمدين في جميع ذلك لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة والمدعي يدعي عارضاً فلا يسمع قوله وهو مروي عن أصحابنا، واختار أبو عبيد الله **الثلجي** أن كل دين أصله مال كثمن المبيع وبدل القرض فالقول فيه قول المدّعي لأنه دخل في ملكه مال وعرفت قدره بذلك، والمنكر يدعي خلاف ذلك فلا يقبل قوله وكل دين لم يكن أصله مالاً، كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك كان القول فيه قول المدعى عليه لأنه لم يدخل شيء في ملكه، ولم يعرف غناه فكان متمسكاً بالأصل وهو مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال بعضهم: ما كان سبيله سبيل البر والصلة كان القول قول المدعى عليه، كما في نفقة المحارم ونحوه وفيما سوى ذلك القول قول المدّعي، وقال بعضهم: كل دين لزمه بمعاقدته كان القول فيه قول المدّعي إذ لا يلتزم ما لا يقدر عليه وإلا فالقول للمنكر لتمسكه بالأصل، وذكر في كتاب النكاح أن المرأة إذا ادَّعت أن الزوج موسر وطلبت نفقة الموسرات وادّعى هو الفقر كان القول قوله، وذكر في كتاب العتاق أن أحد الشريكين إذا أعتق العبد المشترك وزعم أنه معسر كان القول قوله، وهاتان المسألتان تخرجان على الأقوال كلها ولا تخالفان شيئاً منها فيكون القول فيهما قول المنكر باتفاق الأقاويل، وقال أبو جعفر البلخي: يحكم الزي فإن كانت هيئته هيئة الفقراء يعني المدين كان القول قوله، وإن كانت هيئته هيئة الأغنياء كان القول قول المدّعي إلا إذا كان من الفقهاء والأشراف والعباسية فإنهم يتكلفون في اللبس فلا يدل على غناهم، وقوله: يحبسه/ [١٩٨ أ ٢/] بما رأى أي يحبسه قدرما يرى، يعني فيما إذا كان القول قول المدّعي أو في غيره ولكن المدّعي أثبت المال بالبينة أو بنكول المدّعى عليه أو بإقراره وهذا يشير إلى أنه ليس لحبسه مدة مقدرة وإنما هو مفوّض إلى رأي القاضي يحبسه حتى يغلب على ظنه أنه لو كان له مال لأظهره، ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره، وما جاء فيه من التقدير بشهرين أو ثلاث أو أقل أو أكثر اتفاقي وليس بتقدير حتماً.

قال رحمه الله: (ثم يسأل عنه) أي القاضي يسأل عن المحبوس بعدما حبسه قدر ما يراه فإن قامت بينة على إعساره أخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه إلى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا والاثنان أحوط، وكيفيته أن يقول الشاهد: إن

يحبسه أول مرة بل يخبره بالحبس إن لم يدفع اهـ كذا بخط الشيخ الشلبي. **قوله: (الثلجي)** هو محمد بن شجاع صاحب الحسن بن زياد اهـ

حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية، وقال شيخ الإسلام رحمه الله: هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعدما حبسه احتياط وليس بواجب، لأن الشهادة بالإعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة فكان للقاضي أن لا يسأل ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط.

قال رحمه اللّه: (فإن لم يظهر له مال خلاه) لأن عسرته ثبتت عنده واستحق النظرة إلى الميسرة لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] فحبسه بعده يكون ظلماً.

قال رحمه اللّه: (ولم يحل بينه وبين غرمائه) أي لا يمنعهم عن ملازمته وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد وزفر: يمنعهم لأنه منتظر بإنظار الله تعالى إلى الميسرة، فلو كان منتظراً بإنظارهم بأن ضربوا له الأجل لا يكون لهم حق الملازمة قبل الأجل فكذا بإنظاره تعالى بل أولى، ولكنا نقول: هو منتظر إلى زمان قدرته على الإيفاء وذلك ممكن في كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه، ولأنه قد يكسب فوق حاجته الدارّة فيأخذون منه فضل كسبه بخلاف الأجل لأن الغريم ليس له أن يطالب قبل حلول الأجل مع القدرة على أدائه لأنه مؤخر، وفيما نحن فيه نفس الدين حال وذمته مشغولة ولكن لا يطالب لعسرته وزوال العسرة متوقع في كل لحظة فيلازمونه.

قال رحمه اللّه: (وردّ البينة على إفلاسه قبل حبسه) لأنها بينة على النفي فلم تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب على ما بينا، وعن محمد رحمه الله أنها تقبل وبه كان يفتي الفقيه أبو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وكافة المشايخ على الأول.

قال رحمه اللّه: (وبينة اليسار أحق) يعني إذا أقام المدعي البينة على اليسار وأقام المدعى عليه على الإعسار كانت بينة اليسار أولى، لأن اليسار عارض والبينة للإثبات.

قال رحمه اللّه: (وأبد حبس الموسر) لأن الحبس جزاء الظلم فإذا امتنع من إيفاء الحق مع القدرة عليه خلده في الحبس، وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه، فإن كان موسراً أبد حبسه، وإن كان معسراً خلى سبيله قال فخر الإسلام: معنى المسألة إذا كان جاحداًفأقر عند القاضي وظهر للقاضي جحوده عند غيره ومماطلته، أو ظهر له مماطلته بعد ما أقر عند غيره فحينئذٍ يحبسه لما مر.

قال رحمه اللّه: (ويحبس الرجل بنفقة زوجته) لأن ظالم بالامتناع عن الإنفاق بخلاف النفقة الماضية لأنها/ تسقط بمضي الزمان، فإن لم تسقط بأن حكم الحاكم [١٩٨ب/٢] بها أو اصطلح الزوجان عليها فإنها ليست ببدل مال ولا لزمته بعقد على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (لا في دين ولده) أي لا يحبس الوالد في دين ولده لأن الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده، ألا ترى أنه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا بقتل مورثه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف أمه الميتة بطلبه.

قال رحمه اللّه: (إلا إذا أبى من الإنفاق عليه) يعني لا يحبس بسبب الابن إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه فإنه حينئذٍ يحبس لأن النفقة لحاجة الوقت، وهو بالمنع قصداً هلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه، ألا ترى أن له أن يدفعه بقتله إذا شهر عليه السيف ولم يمكنه دفعه إلا بالقتل، ولأن دين النفقة يسقط بمضي الزمان فلو لم يحبس عليها تفوت بخلاف سائر الديون لأنها لا تسقط بمضي الزمان فلا يخاف فيها الفوات وهكذا حكم الأجداد والجدّات، وإن علوا وكذا المولى لا يحبس بدين عبده المأذون إن لم يكن على العبد دين لأن ماله للمولى، وإن كان عليه دين يحبس لأن هذا الحبس لحق الغرماء وهم أجانب فلا يمتنع، ولا يحبس العبد بدين المولى لأنه لا يجب له عليه دين، والمولى يحبس بدين مكاتبه إذا لم يكن من جنس بدل الكتابة، وإن كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة به لأنه إذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله أخذه بخلاف ما إذا كان من خلاف جنسه لأنه ليس له أن يجعله بالدين إلا برضاه، والمولى بمنزلة الأجنبي عنه حتى يجب عليه الأرش بالجناية عليه ويضمن ما أتلف من ماله فكذا يحبس بدينه إذا ظهر ظلمه بالمماطلة ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة، لأنه لا يصير ظالماً بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه من فسخ الكتابة من غير رضا مولاه، ويحبس بدين آخر عليه غير الكتابة لأنه يصير ظالماً بمنعه إذ لا يقدر على فسخ سبب ذلك الدين، وقال بعض مشايخنا: لا يحبس فيه أيضاً لأنه يتمكن من الإسقاط أيضاً بأن يعجز نفسه فيردّ رقيقاً فيسقط عنه دين المولى فصار كبدل الكتابة، ألا ترى أن الكفالة به لاتجوز كما لا تجوز ببدل الكتابة بخلاف ما إذا كان الدين للأجنبي، والفرق بينهما على الظاهر أن بدل الكتابة ليس بدين على الحقيقة لأنه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون، ثم صفة الحبس أن يكون في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلى أحد يدخل عليه ليستأنس به ولا يخرج لجمعة ولا لجماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة، ولو أعطى كفيلاً ولا لمجيء رمضان ولا للأعياد ليضجر قلبه ويوفي ولا يخرج لموت قريبه إلا إذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذٍ لقرابة الولاد، وفي رواية يخرج وإن وجد من يجهزه

وإن مرض مرضاً أضناه فإن كان له من يخدمه لا يخرج وإلا أخرج ولا يخرج للمعالجة لأنه يمكنه المعالجة في السجن، وإن احتاج إلى الجماع لا يمنع من دخول امرأته أو جاريته عليه إن كان في السجن موضع يستره لأن اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن، وقيل: يمنع لأن الوطء من فضول الحوائج بخلاف الأكل والشراب فإن منعه يؤدّي إلى الهلاك، وهو يرخص له تناول مال الغير حالة المخمصة خوفاً من الهلاك، فكيف يجوز/ قتله لأجل الدين، ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه لأنه يحتاج [١٩٩ أ/٢] إليهم للمشاورة والتدبير في قضاء الدين ولكن لا يمكنون من المكث طويلاً، والمال الذي يحبس فيه غير مقدر حتى يحبس في درهم وما دونه لأن مانعه ظالم متعنت والله أعلم بالصواب.

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

اعلم أن هذا الباب ليس من كتاب القضاء لأنه إما نقل شهادة أو نقل حكم وكل ذلك ليس منه، **وإنما أورده فيه لأنه من عمل القضاة** فكان ذكره فيه أنسب.

قال رحمه اللّه: **(ويكتب القاضي إلى القاضي في غير حد وقود)** وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز لأن كتابه لا يكون أقوى من عبارته فلو حضر بنفسه إلى القاضي المكتوب إليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به فكتابه أولى، لأن الكتاب قد يزوّر والخط يشبه الخط، وكذا الخاتم يشبه الخاتم فكان أكثر احتمالاً من البينة، وجه الاستحسان ما روي أن علياً كرم الله وجهه أجاز ذلك لحاجة الناس إليه لأنه قد يتعذر على الإنسان الجمع بين شهوده وخصمه ثم هو على ضربين نقل حكم وهو المسمى سجلاً وسيأتيك بيانه ونقل شهادة وهو المراد هنا، ولا يقال: يستغنى عنه الشهادة على الشهادة فلا حاجة إليه لأنا نقول: يحتاج القاضي في الشهادة على الشهادة إلى تعديل الأصول وقد يتعذر ذلك، لا سيما إذا كان في بلاد الغربة ويتعسر

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

قوله: (وإنما أورده فيه لأنه من عمل القضاة) أي ولكنه يحتاج إلى اثنين والحبس يتم بقاض واحد والواحد مقدم على الاثنين اهـ **قوله في المتن: (ويكتب القاضي إلى القاضي في حد وقود)** وذلك لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لأن كتابه ينقل شهادة الأصول كما أن الفروع ينقلون بشهادتهم شهادة الأصول، ثم الشهادة على الشهادة لا تجوز في الحدود والقصاص، فكذلك كتاب القاضي فيه لأن فيه شبهة البدلية والحدود والقصاص يسقط بالشبهات، ولأن الكتاب قد يزوّر لأن الخط قد يشبه الخط

نقل الشهادة على وجهها أيضاً إذ أكثر الناس لا يحسنون ذلك، وفي كتاب القاضي غنية عنه لأنه هو يعدّل الشهود ولا يحتاج فيه إلى نقل الشهادة وإنما ينقل كتابه فحسب، ولا يجوز ذلك في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال، وقوله: في غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل إذا كان موجباً للمال والنسب من الحي والميت والغصب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة والأعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار، **يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذي يفتى به** للضرورة، وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى، والشهادة بخلاف العقار وغيرها من الحقوق لأنها تعرف بالوصف، إذ لا يمكن الإشارة إلى الدين وأمثاله، والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج إلى إحضاره إلى مجلس الحاكم فصار كالدين، وفي دعوى النكاح المقصود نفس النكاح لا نفس المرأة أو نفس الرجل، وإنما هما كالدائن والمدين، والنكاح كالدين وكذلك الطلاق فلا يحتاج فيه إلى الإشارة، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أجاز في العبد دون الأمة وغيرها من المنقولات لغلبة الإباق فيه، ولتعذر دفع الأمة إلى رجل لم يحكم له بالملك لينقلها إلى الكاتب، **وعنه أنه أجاز في الأمة أيضاً بشرائطه**

فيتمكن نوع شبهة اهـ إتقاني. **قوله: (يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذي يفتى به)** قال الإتقاني وقال الصدر الشهيد في كتاب أدب القاضي: وروي عن أبي يوسف في النوادر أنه قال: يجوز في جميع العروض وبه أخذ مشايخنا المتأخرون، وقال في شرح الطحاوي وقال ابن أبي ليلى: يقبل في جميع ذلك أي يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في المنقول وغيره، ثم قال فيه: والفتوى على هذا لتعامل الناس اهـ **قوله: (وعنه أنه أجاز في الأمة أيضاً بشرائطه)** قال في الهداية: ويختص بشرائط قال الإتقاني: أي يختص كتاب القاضي إلى القاضي بشرائط وهو أن يكون الكتاب من معلوم إلى معلوم في معلوم لمعلوم، أعني أن يكون القاضي المكتوب منه معلوماً، والقاضي المكتوب إليه معلوماً والمدعي به معلوماً والمدعي معلوماً والمدعى عليه معلوماً اهـ وكتب ما نصه قال في الهداية: وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه قال الإتقاني: وموضعه كتاب الإباق من المبسوط وأراد بها بيان حلية العبد وصفته ونسبته للذي أخذه، والختم في عنقه وأخذ الكفيل وحاصله ما قال في شرح الطحاوي: وإنما يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الدين والعين الذي لا يحتاج إلى الإشارة إليه كالدار والعقار، وأما المنقول الذي يمكن الإشارة إليه لا يقبل عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: مثل ذلك إلا في العبد والآبق إذا أبق فأخذ في بلدة فأقام صاحبه البينة عند القاضي أنه عبده أخذه فلان في مصر كذا وشهد الشهود على

وهي أن يكلف المدعي أنه كان له عبد آبق وهو اليوم في يد فلان، ويعرّف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته ويكتب القاضي ويذكر أنه شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له: فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا/ ملك فلان المدعي هذا وقد أبق إلى بلده، كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق [١٩٩ ب/٢] فإذا وصل الكتاب إليه وثبت عنده أنه من عند الكاتب ونصه بشروطه على ما يجيء سلم العبد إلى المدعي من غير أن يقضي له بالملك، لأن الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلاً من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتماً من رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في الطريق أنه سرقه، ويكتب كتاباً إلى الكاتب بذلك ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب، فإذا وصل الكتاب إلى القاضي الكاتب وشهد الشهود أن هذا كتابه وختمه أمر المدعي أن يحضر شهوده الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالإشارة إلى العبد أنه ملكه، فإذا شهدوا حكم به وكتب إلى المكتوب إليه أولاً ليبرئ كفيله، وقيل: لا يحكم له به لأن الحكم على الغائب لا يجوز لأن الشخص الذي كان عنده العبد هو الخصم وهو

الحلية فيجب عليه أن يكتب إلى ذلك القاضي أنه قد شهد الشهود عندي، وزكوا أن عبداً صفته كذا أخذه فلان بن فلان وأنه لفلان بن فلان ونسبهما إلى أبيهما وإلى فخذهما ويقطع الشركة بينه وبين الآخر ويكتب العنوان في الداخل والخارج اسمه واسم المكتوب إليه ونسبهما والعبرة للداخل لا للخارج، فإذا جاء الكتاب وشهد الشهود على ذلك يسلم العبد ويختم في عنقه وأخذ منه كفيلاً ثم بعث به إلى القاضي الذي كتب إليه أوّل مرة فإذا ثبت عنده قبله وقضى به وسلم العبد إلى الذي جاءه بالكتاب، وأبرأ كفيله إلى هنا لفظ شرح الطحاوي وهذا الكتاب بهذه الشرائط يكتب كذلك في الأمة أيضاً على رواية قبول الكتاب في الأمة وهو معنى قوله يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه اهـ قال في خلاصة الفتاوى: ولو كتب اسم القاضي الكاتب ونسبه ولم يكتب اسم القاضي المكتوب إليه ونسبه، ولكن كتب إلى من بلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز، وأبو يوسف وسع وأجاز وعليه عمل الناس اليوم وأجمعوا أنه لو كتب اسم المكتوب إليه ونسبه ثم كتب وإلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم جاز، فإن كل قاض وصل إليه عمل به ولو لم يكتب في الكتاب التاريخ لا يقبله، وإن كتب فيه تاريخاً ينظر هل هو كان قاضياً في ذلك الوقت أم لا، ولا يكتفى بالشهادة إذا لم يكن مكتوباً وكذا كونه كتاب القاضي لا يثبت بمجرّد شهادتهم بدون الكتابة، وكذا لو شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوباً لم يعمل به إلى هنا لفظ الخلاصة، وقال في شرح الطحاوي: وكتاب القاضي إلى القاضي في حقوق الناس من العتاق والطلاق وغيرهما جائز إلا في

غائب ولكن يكتب ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد والكتاب معه إلى ذلك الحاكم حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه، فإذا وصل الكتاب إليه فليفعل هو كذلك ويبرئ الكفيل وإنما فعل به كذلك ليقطع وهم الشركة لأنه ربما يشاركه غيره في الاسم والصفة والحلية، وفي المقضي عليه وهو الذي في يده العبد وهذه الجهالة بالإحضار والإشارة إليه ترتفع فلهذا يجب إحضاره، والجارية كالعبد فيما ذكرنا إلا أنه لا يسلمها للمدعي بل يبعثها مع أمين معه.

قال رحمه الله: (**فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة**) لوجود الحجة ولحضور الخصم.

قال رحمه الله: (وكتب بحكمه وهو المدعوّ سجلاً) أي كتاب الحكم يسمى سجلاً، وإنما يكتب حتى لا تنسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكراً لها وإلا فلا يحتاج إلى كتابة الحكم لأنه قد تم بحضور الخصم بنفسه أو من يقوم مقامه، إلا إذا قدر أنه غاب بعد الحكم عليه وجحده فحينئذٍ يكتب له ليسلم إليه حقه أو لينفذ حكمه.

الحدود والقصاص، لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة والشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص لا تقبل، وقال في خزانة الفقه: ويجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين أو من قاضي مصر إلى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق إلى قاضي مصر اهـ إتقاني رحمه الله. قوله: قال في الهداية: وعنه أي عن أبي يوسف اهـ **قوله في المتن: (فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة)** قال الإتقاني: قوله: حكم بالشهادة هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكتب بحكمه وإن شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم، وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب إليه إلى هنا لفظ القدوري، وذلك لأن الشهادة لا تصح إلا على خصم فإذا كان الخصم حاضراً حكم عليه لوجود الحجة، وكتب بحكمه إلى القاضي وهذا الكتاب يسمى سجلاً، وإذا لم يكن الخصم حاضراً يسمع الشهادة ولا يحكم بها ويكتب بما سمعه من الشهادة إلى القاضي حتى يحكم القاضي المكتوب إليه بذلك، إذا ثبت عنده أنه كتاب القاضي الكاتب وهو بمنزلة نقل الشهادة وهذا الكتاب إلى القاضي يسمى الكتاب الحاكمي، لأنه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب إليه اهـ وكتب على قوله: فإن شهدوا على خصم حاضر الخ ما نصه قال الكاكي: المراد بالخصم هنا الوكيل عن الغائب أو المسخر الذي جعل وكيلاً لإثبات الحق عليه، وإن لم يكن هو وكيلاً عنه في الحقيقة إذ لو كان المراد هو المدعى عليه نفسه لما احتيج إلى كتاب القاضي إلى القاضي، إذ الحكم يتم على الخصم بحكمه ولو لم يكن خصماً أصلاً لا المدعى عليه ولا نائبه، وقد حكم القاضي بالشهادة كان قضاء على الغائب

قال رحمه اللّه: (وإلاّ لم يحكم) أي إن لم يكن الخصم حاضراً لا يحكم لأن الحكم على الغائب لا يجوز لما عرف في موضعه، **ولو حكم به حاكم يرى ذلك** ثم نقل إليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه، لأن الأول محكوم به فيلزمه، والثاني ابتداء حكم فلا يجوز له.

قال رحمه اللّه: (وكتب الشهادة ليحكم المكتوب إليه بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة) لأن الحاكم الكاتب لم يحكم بالشهادة وإنما نقلها ليحكم بها المكتوب إليه، ولهذا يحكم المكتوب إليه برأيه وإن خالف رأيه رأي الكاتب بخلاف السجل فإنه ليس له أن يخالفه وينقض حكمه لأن الأول قد استحكم بالقضاء، وهو فصل مجتهد فيه إن كان الخصم غائباً وإلا فمتفق عليه فلا يكون لأحد من القضاة نقضه فإذاً لا فرق بين كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة إلا من حيث أن شهود الفرع يشهدون على شهادة الأصول، والناقلون لكتاب القاضي يشهدون على أن الكتاب من القاضي، وأن القاضي المكتوب إليه لا يحتاج إلى تعديل الشهود الذين شهدوا في الحادثة، وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم.

[٢٠٠/أ/٢] قال رحمه اللّه: (وقرأ **عليهم وختم عندهم** وسلمه إليه) أي القاضي/ الكاتب فعل ذلك كله وهو من شرائطه لأنهم يشهدون عند الثاني فلا بد من أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه، إذ لا شهادة بدون العلم **أو يعلمهم بما فيه**، لأن المعرفة تحصل به وهو المقصود ولا بد من ختمه بحضرتهم ثم يسلمه إليهم كيلا يتوهم التغيير، ولابد للشهود من حفظ ما فيه لأنهم يشهدون به كما في سائر الشهادات، ومن شرائطه أيضاً أن يكون للكتاب عنوان وهو أن يكتب فيه اسمه واسم أبيه وجدّه واسم القاضي المكتوب إليه وأبيه وجّده حتى لو أخلّ بشيء منها يقبل الكتاب **ويكتب العنوان من داخل الكتاب** حتى لو كان على الظاهر لا يقبل، وقيل: هذا في عرفهم، أما

وهو لا يجوز عندنا، وعند الأئمة الثلاثة يجوز الحكم على الغائب فلا يحتاج إلى خصم.
قوله: (ولو حكم به حاكم يرى ذلك) أي الحكم على الغائب اهـ **قوله في المتن: (وقرأ عليهم وختم عندهم إلخ)** هذه رواية القدوري وذكر الخصاف أنه يدفعه للطالب ويكتب معهم نسخته اهـ **قوله: (أو يعلمهم بما فيه)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية والشرط عند أبي يوسف أن يعلمهم أن هذا كتابه وختمه، وبه قال مالك: في رواية ويسلم الكتاب إلى المدعي وعليه عمل القضاة اليوم اهـ كاكي. **قوله: (ويكتب العنوان من داخل الكتاب)** قال في الغاية: بشرط أن يكون مختوماً معنوناً في داخله وخارجه، ثم قال: بعد ذلك ويكتب العنوان في الداخل والخارج والعبرة للداخل لا للخارج اهـ قال

في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدّعى عليه واسم المدّعي على وجه يقع به التمييز، وذلك بذكر جدّهما ويذكر الحق فيه ويذكر الشهود إن شاء وإن شاء اكتفى بذكر شهادتهم، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يشترط على الشهود إلا نقل الكتاب والشهادة أنه كتاب فلان، ولا على القاضي سوى كتابة الحاجة التي لا بدّ من معرفتها واختاره شمس الأئمة رحمه الله لكونه أسهل.

قال رحمه اللّه: (فإن وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه **ولم يقبله بلا خصم ولا شهود**) لأن هذا الكتاب للحكم به فلا يقبله إلا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب، حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم غائب لأنه للنقل لا للحكم ونظيره الشهادة على الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم عند الأداء لا عند التحمل، ويجوز أن يزوّر الكتاب فلا يقبله إلا ببينة عند إنكار الخصم أنه كتاب القاضي، وإن أقر فلا حاجة إلى إقامة البينة أنه كتابه، ولا يلزم كتاب الاستئمان من

الكاكي: والشرط عندهما عنوان الباطن لا عنوان الظاهر حتى لو ترك العنوان الظاهر اكتفى المكتوب إليه بالعنوان الباطن وعلى العكس لا يجوز اهـ **قوله في المتن: (ولم يقبله بلا خصم ولا شهود)** قال الأقطع: قال أبو يوسف: يقبله من غير حضور خصم لأن الكتاب يختص بالمكتوب إليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به اهـ إتقاني. وكتب على قوله ولم يقبله الخ، ما نصه قال في الهداية: ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأنه ملزم فلا بد من الحجة اهـ وكتب على قوله ولم يقبله ما نصه: أي لم يأخذه اهـ (صورة كتاب القاضي إلى القاضي) قال الإتقاني: ونختم الكتاب بما ذكر الحسن في المجرد من صورة كتاب القاضي إلى القاضي وهي قوله: من فلان قاضي كورة كذا إلى فلان بن فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فإني أحمد إليك الله الذي لا إله إلا هو، أما بعد فإن رجلاً أتاني يقال له فلان بن فلان وذكر أن له على رجل في كورة كذا حقاً فسألني أن أسمع من بينته وأكتب إليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فأتاني بعدة منه فلان وفلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني، كذا كذا درهماً ديناً حالاً وسألني أن أحلفه ما قبض منها شيئاً ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشيء فأحلفته فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض، وإنها له عليه وسألني أن أكتب له إليك بما يستقر عندي فكتبت إليك بهذا الكتاب وأشهدت عليه شهوداً أنه كتابي وخاتمي وقرأته عليه الشهود قال: ثم يطوى الكتاب ويختم عليه ويختم الشهود عليه فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضي

أهل الحرب حيث يعمل به، وإن لم تقم به بينة بأنه كتابهم **لأنه ليس بملزم** وهذا ملزم فلا بدّ من حجة تامة من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو إقرار الخصم، ولا يلزم رسول القاضي إلى المزكي ورسول المزكي إلى القاضي فإنه يكون معتبراً بلا بينة، لأن الإلزام فيه بشهادة الشاهد لا بالتزكية، وقال أبو يوسف رحمه الله: يأخذ القاضي المكتوب إليه الكتاب بغير بينة ولكن لا يعمل به إلا ببينة.

قال رحمه اللّه: (فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي **وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه**) يعني إذا ثبتت عدالتهم عنده بأن كان يعرفهم بالعدالة أو وجد في الكتاب عدالتهم بأن كان القاضي الكاتب قد كتب عدالتهم أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا، وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم **لأنه لا يكون حجة إلا بعد ظهور عدالتهم**،

كورة كذا إلى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفع إلى المدعي، فإن أتى به المدعي القاضي الذي بالكورة، فذكر أن هذا كتاب القاضي إليه سأله البينة على كتاب القاضي، ولا ينبغي له أن يسمع من بينة المدعي حتى يحضر الخصم، فإذا أحضره وأقر أنه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته، وسمع منه فإذا أنكر قال جئني بالبينة أن هذا فلان بن فلان الفلاني فإذا جاء ببينة وعدلوا سمع من بينة المدعي على أن هذا كتاب القاضي الذي ذكر فيقول له: أقرأ عليكم ما فيه، فإذا قالوا: نعم قد قرأه علينا وأشهدنا أن هذا كتابه ثم ختمه وقال: هذا خاتمي فإذا سمع منه لم يكسر الخاتم حتى يسأل عنه، فإذا عدلوا لم يكسر الخاتم حتى يحضر الخصم فإذا حضر الخصم كسر الخاتم وقرأ عليهم وعلى الخصم ما في الكتاب،، فإذا قال الشهود: نعم قد أشهدنا على ما فيه على ما قرأ علينا سأل الخصم عما شهد به عليه، فإذا أقر ألزمه إياه، وإن أنكر قال: لك حجة وإلا قضيت عليك بما فيه، فإن لم يكن له حجة قضى عليه، وإن كانت له حجة قبل حجته فإن قال: لست أنا فلان الفلاني الذي شهدوا عليه بهذا المال، قال له: ألك بينة أن في هذه الصناعة أو القبيلة رجلاً ينسب مثل ما تنسب إليه، وإلا ألزمتك ما شهدوا به فإن جاء ببينة على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من ينسب بمثل ما ينسب إليه أبطل الكتاب، وإن لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه إلى هنا لفظ كتاب المجرد اهـ **قوله**: (**لأنه ليس بملزم**) أي لأن الإمام بالخيار إن شاء أعطى الأمان، وإن شاء لم يعطه اهـ **قوله في المتن**: (**وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه**) وهذا الذي ذكره قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى: إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله، ولا حاجة إلى اعتبار قراءة القاضي الكاتب على الشهود لأنهم لما شهدوا أن الكتاب كتابه والخاتم خاتمه ثبت أنه كتاب القاضي الكاتب فإذا قرأه عرف ما فيه. **قوله**: (**لأنه لا يكون حجة إلا بعد ظهور عدالتهم**) وذكر الخصاف أنه لا

وذكر الخصاف أنه لا يفتحه إلا بعد ظهور عدالتهم لأنه قد لا تثبت عدالتهم فيحتاج المدعي إلى غيرهم من الشهود لإثبات أن الكتاب من القاضي، لأنهم يشهدون بذلك قبل الفتح كالشهود الأول، بخلاف قبول الكتاب حيث يقبله إذا شهدوا أنه كتابه قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم، وقوله: سلمه إلينا إلخ شرط للحكم به حتى إذا قالوا: لم يسلمه إلينا أو لم يقرأه علينا أو لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به، وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة بأنه كتاب فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز، والأشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف فإنه عنده يقبله من غير بينة ومن يد المدّعي أيضاً إذا جاء به/ وحده، وكذا سهل عند الإثبات فقال: إذا شهدوا [٢٠٠ب/٢] أنه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء، وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم ردّه، **ثم لا بدّ من مسافة بين القاضيين** حتى يجوز كتاب القاضي، واختلفوا في تلك المسافة فمنهم من قال: هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلاثة أيام في ظاهر الرواية، **وعن أبي يوسف** رحمه الله **أنه إن كان في مكان لو غدا** لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد، وعن محمد رحمه الله أنه تجوز الشهادة على الشهادة، وإن كان الأصل صحيحاً في المصر، **وذكر الكرخي في اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضي** إلى القاضي مقبول، وإن كانا في مصر واحد فكأنهما اعتبراه بالتوكيل، وفي الظاهر اعتبر بالعجز.

قال رحمه اللّه: (**ويبطل الكتاب بموت الكاتب** وعزله) هذا إذا مات أو عزل قبل وصول الكتاب إلى الثاني أو بعد وصوله قبل أن يقرأه عليهم لأنه بمنزلة الشهادة على

يقبل قبل ظهور العدالة ثم قال ما قال محمد: أصح أي يجوز الفتح بالشهادة بكتابه وختمه من غير تعرض لعدالة الشهود اهـ كاكي. **قوله: (ثم لا بد من مسافة بين القاضيين)** وحكى الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز فيما دون السفر قال بعض المتأخرين[1]. **قوله: (وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لو غدا إلخ)** قال مسكين: وفي السراجية كتاب القاضي فيما دون مسيرة سفر لا يجوز في ظاهر الرواية، وعند أبي يوسف أنه لو كان بحال لو غدا إلى باب القاضي لا يمكنه الرجوع إلى منزله في يومه ذلك يقبل وعليه الفتوى اهـ **قوله: (ذكر الكرخي في اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضي الخ)** في الخصاف وروي عن محمد أنه قال: في مصر فيه قاضيان في كل جانب قاض يكتب أحدهما إلى الآخر كتاباً يقبل كتابه، ولو أتى أحدهما إلى صاحبه فأخبره بالحادثة بنفسه لم يقبل قوله: لأن في الوجه الأول كان الأول خاطبه في موضع القضاء، وفي الثاني خاطبه في غير موضع القضاء اهـ **قوله في المتن: (ويبطل الكتاب بموت الكاتب)** قال في الهداية: وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب

---

(١) هنا في الأصل بياض.

الشهادة، فموت الأصول قبل أداء الفروع الشهادة يبطل شهادة الفروع فكذا هذا، وكذا إذا جن الكاتب أو ارتدّ أو قذف فحدّ أو عمي، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يبطل بل المكتوب إليه يقضي به ذكر قوله في الأمالي وهو قول الشافعي رحمه الله، لهما أن القاضي الكاتب بمنزلة شهود الفروع وكتابته بمنزلة أداء شهود الفرع الشهادة لأنه ينقل شهادة الذين شهدوا بالحق إلى القاضي المكتوب إليه، والنقل قد تم بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفرع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء بها فإنه لا يمنع القضاء فكذا هذا، وهكذا الحكم في كل شاهد مات بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها، ولنا أن القاضي الكاتب وإن كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده، إلا أن لهذا النقل حكم القضاء، ألا ترى أن هذا النقل لا يصح إلا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة، وما يجب على القاضي بسماع البينة قضاء فثبت أن لهذا النقل حكم القضاء ولم يتم بعد لأن تمامه بوجوب القضاء على المكتوب / إليه، ولا يجب القضاء على المتكوب إليه [٢٠١/أ ٢] قبل وصول الكتاب إليه وقبل قراءته، لأن العلم بالمقضي به شرط لوجوب القضاء فلم يكن النقل تاماً فيبطل بموت القاضي كما في سائر الأقضية إذا مات القاضي قبل تمامها، بخلاف شهود الفرع إذا مات الأصول بعد أدائهم الشهادة لأنهم أوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت الأصول أو بموت الفروع كما في سائر الشهادات إذا مات الشهود بعد الأداء قبل الحكم بشهادتهم، فإنه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا، ولو قبله مع هذا وحكم به ثم رفع إلى قاض آخر وأمضاه جاز لأن قضاءه صادف محلاً مجتهداً فيه لأن هذا القضاء مختلف فيه، وإذا كان الاختلاف في نفس القضاء ينفذ بالتنفيذ من قاض آخر، بخلاف ما إذا كان الاختلاف قبل القضاء حيث ينفذ بنفس القضاء لما عرف في موضعه، ولو مات القاضي الكاتب بعدما قرأ الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب إليه لأنه وجب عليه القضاء به بالقراءة فلا يبطل بالموت، كما لو مات الشاهد بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها، وفي اختلاف زفر رحمه الله ويعقوب أنه لا يقضي به إذا مات قبل قضائه.

قال رحمه الله: (وموت المكتوب إليه إلا إذا كتب بعد اسمه وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين) أي يبطل الكتاب بموت القاضي المكتوب إليه إلا إذا

على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب إليه لا يقبله لأنه التحق بواحد من الرعايا اهـ

كتب إلى فلان القاضي وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، فحينئذٍ لا يبطل بموت القاضي المكتوب إليه والضمير في قوله بعد اسمه عائد إلى القاضي المكتوب إليه، وقال الشافعي رحمه الله: لا يبطل وإن لم يقل ذلك ويحكم القاضي الذي جاء بعده به كما لو قال: وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، ولنا أن القاضي الكاتب اعتمد على علم الأول وأمانته، والقضاة يتفاوتون في الأمانة فصار نظير الأمناء في الأموال، بخلاف ما إذا قال: وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأنه اعتمد الكل فكانوا مكتوباً إليهم بخلاف ما إذا قال ابتداء: إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز أن يحكم به أحد لأنّ إعلام ما في الكتاب والمكتوب إليه شرط وتمام الإعلام لا يحصل بهذا القدر، وإذا عين واحداً حصل التعريف له وصح كتاب القاضي إلى القاضي وصار غيره تبعاً له، وأجاز أبو يوسف رحمه الله من غير تعيين أحد من القضاة حين ابتلي بالقضاء، واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلاً للأمر ولا يقبل القاضي رسالة قاض آخر، وإن قامت عليها بينة لأنه ينقل عبارته فيكون كالقاضي حضر وتكلم به وهو لو حضر وتكلم به لا يسمع كلامه لأنه كواحد من الرعية في غير موضع ولايته، بخلاف الكتاب لأنه كتبه في مجلس حكمه فكان الكتاب منه، كالخطاب للقاضي المكتوب إليه مشافهة لصدور الكتاب من موضع القضاء أو نقول: إن الكتاب لا يقبل قياساً وإنما قبل للضرورة، ولا ضرورة إلى الرسالة لأن في الكتاب غنية عنه فبقي على أصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب إليه أن يكتب كتاباً إلى قاض آخر إذا تعذر حضور خصمه عنده، وكذا للمكتوب إليه ثانياً أن يكتب إلى آخر إلى ما لا يتناهى لأن الشهادة الواقعة عند الأول صارت منقولة إلى المكتوب إليه حكماً فصاروا كأنهم شهدوا عنده حقيقة فجاز له أن ينقلها إلى غيره، إذ الحاجة إلى نقلها مراراً ماسة وهي المجوّزة للنقل.

قال رحمه الله: (لا بموت الخصم) يعني لا يبطل الكتاب بموت الخصم لأن وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه، وعلى هذا لو مات المدّعي ينبغي أن لا يبطل لأن قريبه يقوم مقامه فينفذ له، وكما يجوز كتاب القاضي إلى القاضي يجوز كتاب القاضي إلى الأمير ولكن إن كان في مصره اقتصر على قوله: أصلح اللّه الأمير ولا يكتب أكثر من ذلك، وإن كان في مصر آخر فلابد من ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة كما في كتاب القاضي إلى القاضي، والقياس أن لا يجوز في مصره إلا به ولكن استحسنوا ذلك للعادة، فإن القاضي يكتب إلى الوالي ويستعين به فيما عجز عن إقامته في كل وقت، ولو شرط ذلك لحرجوا لأن كل أحد لا يحضر مجلس الأمير فيشهد، والأمير لا يمكنه التفحص عن أحوال الشهود فقبل الكتاب للضرورة، ولكن هذه الضرورة

والعادة فيما إذا كان الأمير في مصر آخر غير المصر الذي فيه القاضي بقي على أصل القياس لعدم جريان العادة والضرورة لقلة وقوعه.

قال رحمه الله: (وتقضي المرأة في غير حدّ وقود) لأن القضاء يستقي من الشهادة على ما بينا وشهادتها جائزة في غير الحدود، **فكذا يجوز قضاؤها** فيه ولا يجوز في الحدود والقصاص كشهادتها لما فيه من شبهة البدلية، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز أن تولى المرأة القضاء لقصور عقلها / [٢٠١ ب/٢]، قلنا: هي من أهل الولاية وبه تصير أهلاً للشهادة فكذا للقضاء كالرجل.

قال رحمه الله: (ولا يستحلف قاض إلا أن يفوّض إليه ذلك بخلاف المأمور بالجمعة) لأنه فوّض إليه القضاء لا التقليد فلا يتصرف في غير ما فوّض إليه **كالوكيل لا يوكل بدون إذن الموكل**، وفي الجمعة جوّزنا للمأمور بأدائها أن يستخلف لكونها على شرف الفوات، ثم إن أحدث قبل أن يشرع في الجمعة لم يجز له أن يستخلف إلا من شهد الخطبة لأنها شرط فيها فلا تنعقد دونها، وإن كان شرع فيها جاز أن يستخلف من لم يدرك الخطبة لأنها انعقدت بالأصل فكان الثاني بانياً فلا يشترط للبناء ما يشترط للافتتاح، ولأنه لما دخل معه في الصلاة وجازت صلاته معه التحق بمن شهد الخطبة حكماً إذ هي لا تجوز إلا بالخطبة، ولهذا لو أفسد المستخلف الجمعة وأعادها جاز، وإن لم يدرك الخطبة لما ذكرنا، ولو استخلف مع ذلك فحكم الخليفة فأجازه القاضي جاز إذا كان المستخلف أهلاً للقضاء، وإن كان رقيقاً أو محدوداً في قذف أو كافراً لم يجز، وكذا إذا قضى بحضرة القاضي جاز لأن مقصود الإمام بتوليته حضور رأيه، كالوكيل بالبيع أو الشراء إذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته أو بغيبته فأجازه، ولو فوّض إليه الإمام أن يستخلف بأن قال له: ولِّ من شئت له أن يولي من شاء فيصير نائباً عن الإمام في التولية حتى لا يملك عزله، كالوكيل إذا أذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل بموته، وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الإيصاء إلى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته لأن أوان ثبوت حكمها بعد موت الموصي، وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصية، ولا يمكنه الرجوع إلى الموصي فيكون

قوله: (فكذا يجوز قضاؤها إلى آخره) أي ولا تصلح للخلافة على ما يأتي في كتاب الشهادة اهـ **قوله: (كالوكيل لا يوكل بدون إذن الموكل)** بخلاف المستعير حيث كان له أن يعير لأن المنافع تحدث على ملكه فيملك تمليك ذلك من غيره فكان متصرفاً بحكم الملك بخلاف ما نحن فيه، فإنه يتصرف بحكم الإذن فيملك بقدر ما أذن له اهـ غاية. **قوله في**

الموصى راضياً باستعانته بغيره دلالة كي لا تفوت مصالحه بخلاف الإمام والموكل لأنهما يتصرفان بأنفسهما فلا تفوتهما المصالح، ولو فوّض إليه العزل بأن قال: استبدل من شئت كان له العزل لأنه ملكه بالتفويض إليه، وهذا لأنه نائب عن الإمام فلا يملك إلا ما أطلق له لأن رضاه بتصرفه لا يدل على رضاه بتوليته غيره لأن الناس متفاوتون في الأمانة والتصرف.

قال رحمه الله: (**وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه إن لم يخالف الكتاب** والسنة المشهورة والإجماع) لأنه لا مزية لأحد الاجتهادين على الآخر، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به **فلا ينتقض بما هو دونه**، ولأنه لو لم ينفذ الأول لما نفذ الثاني أيضاً،

المتن: (**وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه**) المراد بالإمضاء التنفيذ اهـ إتقاني. **قوله**: (**إن لم يخالف الكتاب**) والمراد من خلاف الكتاب خلاف نص الكتاب الذي لم يختلف في تأويله السلف، مثل قوله: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ [النساء:٢٢] وقد اتفق الناس أنه لا يجوز أن يتزوّج امرأة الأب ولا جاريته ولا يطأ واحدة منهما فلو حكم القاضي بجواز نكاح امرأة الأب، كان للقاضي الثاني فسخه اهـ غاية. وكذا إذا قضى بحل متروك التسمية عمداً لا يصح ويبطله القاضي الثاني لأنه مخالف لنص الكتاب، قال تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام:١٢١] اهـ غاية. **قوله**: (**فلا ينتقض بما هو دونه**) حتى لو قضى بإبطاله ثم رفع إلى قاض آخر، فالثالث ينفذ قضاء الأول ويبطل قضاء الثاني لأن قضاء الأول كان في موضع الاجتهاد والقضاء في المجتهدات نافذ بالإجماع فكان القضاء من الثاني مخالفاً للإجماع فيكون باطلاً اهـ محيط. وكتب ما نصه قال الإتقاني: والأصل هنا ما قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير: أن قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه ينفذ لأن المسلمين مع اختلافهم اتفقوا على أن قضاء القاضي ينفذ في المجتهدات على من خالف رأيه حسب نفوذه على من وافق رأيه فأذن هذا قضاء انعقد الإجماع على نفوذه اهـ (فرع) ذكره في المحيط نصه رجل وطئ أمّ امرأته أو ابنتها فخاصمته زوجته في ذلك إلى قاض لا يرى حرمة المصاهرة فقضى بالمرأة لزوجها، ليس لقاض آخر أن يبطل قضاء الأول بل ينفذه نص عليه الخصاف، وذلك لأن هذا فصل مختلف فيه لأن الصحابة اختلفوا في حرمة المصاهرة بالزنا والعلماء والأحاديث فيها مختلفة فينفذ قضاء الأول فيه بالإجماع، ثم هل يحل للزوج المقام معها ينظر إن كان الزوج جاهلاً حل له المقام معها، وإن قضى بتحريمها نفذ قضاؤه ولا يحل له المقام معها لأن المقضي له متى كان جاهلاً يتبع رأي القاضي، وإن كان عالماً ينظر إن قضى القاضي بتحريمها، والمقضي له يرى حلها نفذ القضاء بالإجماع حتى لا يحل له المقام معها لأن الزوج مقضي عليه فيتبع في القضاء عليه رأي القاضي، وإن قضى له بحلها والمقضي له يرى حرمتها ينفذ وحاصله أن القضاء إذا كان بخلاف رأي المقضي له هل ينفذ، قال أبو

وكذا الثالث والرابع إلى ما لا يتناهى لاحتمال أن يجيء قاض يرى خلاف ذلك فكان نافذاً ضرورة، وقد صح أن عمر رضي الله تعالى عنه لما كثر اشتغاله قلد القضاء أبا الدرداء واختصم إليه رجلان فقضى لأحدهما ثم لقي عمر رضي الله تعالى عنه المقضي عليه فسأله عن حاله فقال: قضى عليَّ فقال عمر رضي الله تعالى عنه: لو كنت أنا مكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه: وما يمنعك عن القضاء، قال: ليس هنا نص والرأي مشترك وروي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال: تلك كما قضينا وهذه كما نقضي، وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه، قيده بكون الثاني يرى خلاف ما حكم به الأول / [٢/١٢٠٢]، وليس فيما ذكره في الكتاب التقييد به فيوهم أنه إنما يمضيه إذا كان موافقاً لرأيه وقالوا: شرطه أن يكون عالماً باختلاف العلماء حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم ذلك، لا يجوز قضاؤه عند عامّتهم ولا يمضيه الثاني ذكره في النهاية معزياً إلى المحيط وقال فيه شمس الأئمة هذا هو ظاهر المذهب **فلو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً** لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة، وإن كان عامداً ففيه روايتان في رواية ينفذ لأنه ليس يخطأ بيقين، وفي أخرى لا ينفذ لأنه خطأ عنده، وقد نهى عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى: ﴿ولا تتبع أهواءهم﴾ [المائدة:٤٨]، وعندهما لا ينفذ في الوجهين

يوسف: لا ينفذ ويتبع رأي نفسه حتى لا يحل له المقام معها، وقال أبو حنيفة ومحمد: ينفذ ويتبع رأي القاضي حتى يحل له المقام معها ذكر هذا الخلاف في النوادر، وذكر في استحسان الأصل وفي السير الكبير إذا طلقها بلفظة الكناية فرفع إلى قاضٍ وهو يرى الكناية رواجع وقد قضى له بالرجعة حل له أن يراجعها، وإن كان رأيه خلاف ذلك ولم يذكر خلافاً فظاهر الرواية ينفذ من غير خلاف لأبي يوسف أن القضاء في حق المقضي له فتوى، لأنه لا إلزام عليه لأنه يخبر فيه إن شاء راجع وإن شاء لم يراجع وبالفتوى لا يصير الحلال حراماً والبائن رجعياً، كما لو شهد شاهدان على رجل أنه قتل وليّ هذا عمداً وقضى القاضي له عليه بالقود والولي يعرف أن الشهود شهود زور لا يحل له أن يقتله فكذا هذا، لهما أن القضاء إلزام في حق المقضي له من حيث الاعتقاد لأنه ألزمه ثبوت اعتقاد الحل والرجعة فيصير مقضياً عليه في حق الاعتقاد إن لم يكن مقضياً عليه في حق الاستيفاء، ولهذا لو كان جاهلاً ينفذ فكذا إذا كان عالماً لأن القضاء ملزم في حق الناس كافة، بخلاف الفتوى لأنه ليس بملزم لا من حيث الاعتقاد ولا من حيث الاستيفاء اهـ **قوله: (فلو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً إلى آخره)** ولكن بشرط أن لا يكون المجتهد فيه مخالفاً للكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع، فإذا كان مخالفاً لأحدها يبطله القاضي الثاني لأنه وقع باطلاً

وعليه الفتوى، وقيل: الفتوى على النفاذ ذكره في الكافي ثم شرط أن لا يكون مخالفاً لما ذكره من الأدلة، ولو كان مخالفاً لها نقضه الثاني لأن الاجتهاد على خلاف هذه الأدلة غير سائغ فينتقض به وقيد بالسنة المشهورة احترازاً عن الغريب، والمراد بالإجماع ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي فحاصله أن الذي قضى به الأول لا يخلو من أربعة أوجه، إما أن يكون موافقاً للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والإجماع فلا كلام فيه، وإما أن يكون مختلفاً فيه اختلافاً يستند كل واحد إلى دليل شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعدما حكم به حاكم، مثاله إذا رفع إلى حاكم من أصحاب الشافعي رحمه الله اليمين بالطلاق المضاف فأبطل اليمين نفذ ولا يقع الطلاق بتزوجها بعده، والأحسن أن يقول: أبطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق، وإما أن يكون الخلاف في نفس القضاء ففيه روايتان في رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح، لأن محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فإذا قضى فحينئذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجح أحدهما، وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب أو قضى الفاسق أو المحدود في الأصح لا ينفذ إلا إذا رفع إلى حاكم آخر فقضى بصحة حكمه، فحينئذ يلزم ولو فسخه انفسخ لأن الخلاف في نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد محله، وإما أن يكون مخالفاً للدليل الشرعي وهو النوع الرابع فإنه لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتنفيذ قاض آخر ولو رفع إلى حاكم ونفذه، لأن قضاءه وقع باطلاً **لمخالفته الكتاب أو السنة أو** الإجماع فلا يعود صحيحاً بالتنفيذ، **وذلك مثل القضاء بشاهد ويمين أو** بالقصاص

اهـ إتقاني. **قوله: (لمخالفته الكتاب أو السنة)** قال الإتقاني رحمه الله: ونظير خلاف السنة المشهورة ما إذا قضى القاضي بالقصاص بالقسامة، أعني بحلف المدّعي خمسين يميناً إذا وجد قتيل في محلة وكان ثمة عداوة ظاهرة فحلف المدّعي على أن فلاناً قتله كان له أن يقتص منه في قول مالك وهو قول الشافعي في القديم، كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي وهذا الحكم ليس بصحيح لمخالفة السنة المشهورة وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] اهـ قال في المحيط: والقتل بقسامة بأن وجد قتيل في محلة بينه وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة فعين ولي القتيل رجلين في المحلة أنهما قتلاه، وحلف على ذلك عند مالك يقضي القاضي بالقود فهذا القضاء مخالف للإجماع لأن أحداً من الصحابة لم يقض بالقود بالقسامة، فلا يكون خلاف مالك معتبراً اهـ **قوله: (وذلك مثل القضاء بشاهد ويمين)** قال في المحيط: لأن القضاء

---

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٤١).

بتعيين الولي واحداً من أهل المحلة، ويمينه أو **بصحة نكاح المتعة** والمؤقت أو **بصحة بيع عبد معتق البعض** أو بلزوم ثمن متروك التسمية عمداً، أو بجواز نكاح الجدّة أو امرأة الجدّ أو بسقوط الدين بمضي سنين أو بجواز بيع جنين ذبحت أمّه ومات في بطنها أو **بحل المطلقة ثلاثاً للأول قبل أن يدخل بها الثاني**، أو إبطال عفو المرأة عن القود أو بعدم وقوع الطلاق الثلاث جملة أو بعدم وقوع الطلاق على حبلى أو حائض أو قبل

بشاهد ويمين مخالف للكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة:٢٨٢] الآية فالله تعالى شرع الفصل بالقضاء بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين فكان القضاء بشاهد ويمين مخالفاً للكتاب، والحديث فيه شاذ لا يجوز العمل به لأنه مخالف للكتاب ويخالف الإجماع أيضاً، فإنه لم يقض أحد من الصحابة بشاهد ويمين الأمر وإن ابن الحكم وفعله مما لا يؤخذ به فلا يكون هذا محتملاً، فلم يعتبر وذكر الشيخ أبو بكر الرازي أن هذا مذهب محمد، وأما مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز قضاؤه ولا ينفسخ كذا ذكر الإمام الناصحي، وقال شمس الأئمة السرخسي: وهذه المسألة تنبني على أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم أم لا فعند محمد يرفع، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع هكذا ذكر في شرح أدب القاضي يعني أن الصحابة اختلفوا في جواز بيع أمهات الأولاد، وروي عن علي أنه قال: اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الأولاد أنهن لا يبعن ثم رأيت بعد ذلك أن أرقهن فقال عبيدة السلماني: رأيك في رأي عمر أحب إليّ من رأيك وحدك، ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيع أم الولد فكان قضاء القاضي بجواز البيع يخالف الإجماع فيبطله الثاني عند محمد وعندهما لما لم يرتفع الخلاف المتقدم بين الصحابة بإجماع التابعين، كان قضاء القاضي في فصل مختلف فيه فلا يفسخه الثاني وقال القاضي أبو زيد: في آخر فصول الإجماع من كتاب التقويم إن محمد بن الحسن روى عنهم جميعاً أن القاضي إذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وذكر عن أبي يوسف في النوازل أنه لا ينفذ القضاء اهـ **قوله: (أو بصحة نكاح المتعة)** قال في المحيط: أو قضى قاض بمتعة النساء في النكاح إلى أجل ثم رفع إلى قاض آخر لم ينفذه، لأن هذا القضاء مخالف للإجماع فإن الصحابة أجمعت على فساده وصح رجوع ابن عباس عنه، وروي عن عائشة أنها منسوخة نسخها آية الطلاق والعمل بالمنسوخ حرام، وروي عن أبي يوسف أن القضاء بالمتعة نافذ لكن هذا شاذ لا يعمل به، وهذا في لفظ المتعة بأن قال: أتمتع بك إلى أجل فأما إذا قال: تزوجتك إلى شهر عندنا بطل النكاح وعند زفر يصح ويبطل التوقيت فكان هذا موضع الاجتهاد اهـ **قوله: (أو بصحة بيع عبد معتق البعض)** قال في المحيط: لأن هذا القضاء مخالف لإجماع الصحابة فإن الصحابة اتفقوا أنه لا يجوز استدامة الرق فيه، لكن اختلفوا قال بعضهم: يخرج إلى العتق بالسعاية وإليه ذهب أبو حنيفة، وقال بعضهم: يعتق كله وإليه ذهب أبو يوسف ومحمد اهـ **قوله: (أو بحل المطلقة ثلاثاً للأول قبل أن يدخل بها**

الدخول، كل ذلك لا ينفذ فيه حكم الحاكم لوقوعه باطلاً ولا ينفذ بالتنفيذ، **وبيع أم الولد من هذا القبيل** عند محمد رحمه الله حتى لو قضى / بجوازه لا يجوز وعندهما [٢٠٢ب/٢] يجوز، وأصل الخلاف فيما إذا وقع الخلاف في قضية في عصر ثم أجمع العلماء على أحد القولين في عصر آخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدّم أم لا، فعنده يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدّم، وعندهما لا يرتفع فيكون خلافه باقياً على حاله، وقال شمس الأئمة: يرتفع به بلا خلاف وإنما ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما لأن هذا الإجماع ضعيف فينفذ قضاء القاضي بخلافه لضعفه.

قال رحمه الله: (وينفذ القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ **ظاهراً وباطناً** لا في الأملاك المرسلة) أي الأملاك المطلقة وهي التي لم يذكر سببها معيناً، وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولاً ثم رجع عنه **فقال: لا ينفذ إلا ظاهراً وهو قول محمد والشافعي** رحمهما الله لهم أن شهادة الزور حجة ظاهراً

الثاني) لأنه مخالف للسنة المشهورة وهي حديث العسيلة اهـ غاية. **قوله: (وبيع أم الولد من هذا القبيل)** قال الإتقاني: ونظير خلاف الإجماع ما إذا قضى بجواز بيع أم الولد كان للقاضي الثاني أن ينقضه كذا ذكر الخصاف في أدب القاضي وذلك لأنه مخالف لإجماع التابعين اختلاف الشافعي فيه اهـ **قوله في المتن: (ظاهراً وباطناً)** قال الإتقاني. والمراد بنفاذ الحكم ظاهراً أن يثبت فيما بيننا مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك، والمراد من نفاذه باطناً ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله تعالى، ثم ينبغي لك أن تعلم أن النفاذ ظاهراً وباطناً فيما إذا كان لدعوى بسبب معين كالبيع والنكاح لأن في الأملاك المرسلة أي المطلقة لا ينفذ باطناً بالاتفاق فإنه لا يمكن إثبات الملك بدون سبب، وفي الأسباب كثرة فتعذر تعيين سبب، ألا ترى إلى ما ذكر في خلاصة الفتاوى، وأجمعوا أن في الأملاك المرسلة أي المطلقة ينفذ ظاهراً لا باطناً، وأجمعوا أن الشهود لو ظهروا عبيداً أو محدودين في قذف أو كفاراً ينفذ ظاهراً لا باطناً، وأجمعوا أنه لو أقر بالطلقات الثلاث ثم أنكر وحلف وقضى له بها لا يحل له وطؤها إلى هنا لفظ الخلاصة اهـ وكتب ما نصه اعترض بأن قضاء القاضي ينفذ باطناً في الطلاق وهو ليس بعقد ولا فسخ، ولهذا ينفرد به الزوج فينبغي أن يقال: كل شيء قضى به القاضي في الظاهر فهو في الباطن، كذلك إذا كانت الدعوى بسبب معين لأن القضاء في الأملاك المرسلة لا ينفذ باطناً اتفاقاً حتى لا يحل للمقضي له وطؤها اهـ **قوله: (فقال: لا ينفذ إلا ظاهراً وهو قول محمد والشافعي:)** وجه قولهم: أن تصحيح القضاء على وفاق الحجة وهذه الحجة باطلة لأن الشهود كذبت، والكذب باطل فلا ينفذ القضاء باطناً ولكن العدالة الظاهرة دليل الصدق ظاهراً فاعتبرت حجة من حيث وجوب العمل ظاهراً، فأما ثبوت حقيقة التنفيذ فممتنع لانعدام دليله وهو الحجة

لا باطناً، فصار كما لو كان الشهود عبيداً أو كفاراً أو محدودين في قذف، وكما إذا قضى بنكاح لرجل على امرأة وهي منكوحة الغير أو معتدّته، وكما في الأملاك المرسلة، ولنا قول علي رضي الله عنه لتلك المرأة شاهداك زوّجاك ولأن القضاء لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطناً كان تمهيداً للمنازعة بينهما وقد عهدنا نفوذ مثل ذلك في الشرع، ألا ترى أن التفريق باللعان ينفذ باطناً وأحدهما كاذب بيقين، وكذا إذا اختلف المتبايعان وتحالفا يفسخ القاضي بينهما البيع فينفذ القضاء باطناً حتى يحل للبائع وطء الجارية المبيعة، فكذا في كل الفسوخ والعقود ولا يرد علينا ما ذكروا لأنا نجعل حكم الحاكم إنشاء، وشرطه أن يكون المحل قابلاً فإذا كانت تحت زوج أو كانت معتدة لا يقبل الإنشاء، وإنما لا يشترط الشهود في النكاح لأنه ثبت مقتضى في ضمن صحة القضاء وما ثبت اقتضاء لا يراعى فيه شرائطه، وشهادة العبيد ونحوهم ليس بحجة أصلاً بخلاف الفساق على ما عرف في موضعه، ولأنه يمكن الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة، وإنما لا ينفذ باطناً في الأملاك المرسلة، لأن في أسباب الملك تزاحماً وليس تعيين البعض أولى من

الصحيحة وجه قول أبي حنيفة: أن حجة القضاء قامت وافترض على القاضي العمل بها بحيث لو امتنع عن ذلك يأثم لأن حقيقة الصدق ساقطة العبرة في حق القاضي ووجوب العمل به لأنه لا طريق إلى ذلك، فصارت ساقطة العبرة وبقيت العبرة لدليل الصدق من حيث الظاهر وهو العدالة، فإذا وجد فقد قام دليل أوجب الشرع العمل به بمنزلة الاجتهاد يكون حجة في حق وجوب العمل به، فإذا بنى القاضي القضاء على ما جعل في الشرع دليلاً يجب صون قضائه عن البطلان ما أمكن، لأنه صدر منه بأمر الشرع مضافاً إليه قال تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ [المائدة:٤٩] وقال تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة:٢٨٢] فإذا قضى بما رضي من الشهداء فقد قضى بأمر الله تعالى فوجب أن ينفذ قضاؤه في الظاهر والباطن جميعاً اهـ وكتب ما نصه قال الإتقاني: وصورة القضاء في العقود كثيرة منها إذا ادَّعى على امرأة نكحها وهي تجحد وأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للزوج وطؤها وحل للمرأة التمكين عنده وعندهما لا يحل لهما ذلك، وكذا إذا ادَّعت نكاحاً على رجل وهو يجحد، ومنها إذا قضى بالبيع بينهما بشهادة الزور وهو على وجهين إما أن تكون الدعوى من جانب المشتري بأن يدعي على غيره أنك بعت مني هذه الجارية، والآخر أن يكون من جانب البائع بأن قال: اشتريت هذه الجارية يحل للمشتري وطؤها في الوجهين، وصورة القضاء في الفسوخ كثيرة أيضاً منها إذا ادَّعى أحد المتبايعين فسخ العقد وأقام بينة زور ففسخ القاضي يحل للبائع وطء الجارية، ومنها إذا ادَّعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً وأقامت بينة زور قضى القاضي بالفرقة

البعض وإثبات الملك مطلقاً بغير سبب ليس في وسع البشر فتعين الإلغاء، بخلاف ما إذا ادّعى سبباً معيناً كالبيع والشراء والإجارة والنكاح والإقالة والفرقة بالطلاق أو غيره، **وفي الهبة والصدقة روايتان**، وكذا في البيع بأقل من قيمته في رواية لا ينفذ باطناً لأن القاضي لا يملك إنشاء التبرعات في ملك الغير والبيع بأقل من قيمته تبرع من وجه، وفي رواية ينفذ لأن النفوذ في ضمن صحة القضاء فلا يشترط فيه شرائطه ولا يختص بمحل، ولأن البيع بأقل من القيمة ليس بتبرع، ألا ترى أن المكاتب والعبد المأذون يملكانه، وإذا ادّعت المرأة أن زوجها أبانها بثلاث أو بواحدة فجحد الزوج فحلفه القاضي فحلف إن علمت أن الأمر كما قالت لا يسعها الإقامة معه، ولا أن تأخذ من ميراثه شيئاً وهذا لا يشكل فيما إذا كان الطلاق ثلاثاً لبطلان المحلية للإنشاء قبل زوج آخر، وفيما دون الثلاث مشكل لأنه يقبل إنشاء النكاح فينبغي أن يثبت الإنشاء على قول أبي حنيفة رحمه الله: وجوابه أن يقال: إن الإنشاء إنما يثبت إذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم يقض به لاعتراف الزوجين بالنكاح إلا أن المرأة ادّعت الفرقة/ بينهما وعجزت عن إثباته عند الحاكم فيبقى على ما كان فلم يحتج القاضي إلى القضاء بالنكاح. [٢٠٣/أ ٢]

قال رحمه الله: (ولا يقضى على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي أو يكون ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعي على الحاضر كمن ادّعى عيناً في يد غيره أنه اشتراه من فلان الغائب) وقال مالك والشافعي: يجوز القضاء على الغائب وإن لم يحضر من يقوم مقامه لأنه عليه الصلاة والسلام «قضى لهند امرأة أبي سفيان بالنفقة وأبو سفيان غائب فقال لها: خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك»[١]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدّعي»[٢] مطلقاً من غير اشتراط حضور خصم ولأن الحجة وجدت على التمام وهي البينة وهي مبنية كاسمها

وتزوّجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة يحل للزوج الثاني الوطء ظاهراً وباطناً، كذا في الذخيرة البرهانية اهـ **قوله**: (**والنكاح**) وإنما ينفذ القضاء بشهادة الزور إذا كان بمهر المثل لأن النكاح بدون مهر المثل ليس في ولاية القاضي فلا يملك إنشاءه اهـ **قوله**: (**وفي الهبة والصدقة روايتان**) قال في المحيط: ولو أقام بينة زور على رجل أنه وهب منه هذه الجارية أو تصدّق بها عليه وقبضها منه، وهو في يده بغير حق لا ينفذ قضاؤه باطناً عندهما، وهل ينفذ عند أبي حنيفة عنه روايتان في رواية ينفذ كما في الشراء والنكاح لأن السبب معين يدعيه المدعي، وأمكن القضاء بالملك بالسبب وفي رواية لا ينفذ وهي رواية الخصاف

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) جزء من حديث تقدم تخريجه.

فجاز القضاء بها كما إذا كان الخصم حاضراً، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله عنه: «لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي»(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي بمعناه ولأن القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الإنكار فلا يصح، ولأن وجه القضاء يشتبه في هذه الحالة **لأنه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر وأحكامهما مختلفة** فإنه بالإقرار يقتصر وبالبينة يتعدّى فلا يجوز مع الاشتباه، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام قال: فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي فهذا دليل على أن العلم بوجه القضاء شرط لصحة القضاء، **وأن الجهل به يمنع القضاء** وأنه لا يرتفع إلا بكلامهما، ولأن البينة لا تكون حجة إلا إذا عجز المنكر عن الطعن في الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا يكون حجة، ولا حجة لهما في حديث هند لأنه لم يكن قضاء وإنما كان فتوى أو إعانة لها على أخذ ماله، ألا ترى أنها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة، **وكان عليه الصلاة والسلام عالماً بأنها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلاً**، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدّعي» ليس لهما فيه حجة بل هو حجة لنا لأن البينة اسم لما يحصل به البيان، وليس المراد بالبيان في حق المدّعي ولا في حق القاضي لأن المدّعي عالم بحقه والقاضي بأن له بكلام المدعي إذا لم يكن له منازع فتعين أن يكون في حق الخصم، وكذا لو أقام المدعي البينة على خصم حاضر وزكيت بينته، ثم غاب المدّعى عليه لا يقضي عليه حتى يحضر هو أو من يقوم مقامه فيقضي عليه بتلك البينة من غير إعادتها وكذا إذا غاب قبل التزكية، **ولو أقر عند الحاكم فغاب** قبل أن يقضي عليه قضى عليه وهو غائب لأن له أن يطعن البينة

كما في الأملاك المرسلة اهـ **قوله: (لأنه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر)** بل الظاهر منه الإقرار لأن المدعي صادق ظاهراً لوجود دينه وعقله الصارفين عن الكذب الداعيين إلى الصدق، فإذا كان المدعي صادقاً لا ينكر المدعى عليه لأنه لا يترك الصدق لدينه وعقله، فإذا كان الظاهر من حاله الإقرار لا يقضي بالبينة اهـ **قوله: (وأحكامهما مختلفة)** فحكم القضاء بالبينة أن يجب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وحكم القضاء بالإقرار خلاف ذلك اهـ غاية. **قوله: (وإن الجهل به يمنع القضاء)** وقد تقدم عند قوله: وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه أنه شرط فلينظر اهـ قوله: عند قوله: يعني في المتن الذي تقدم قوله: **(وكان عليه الصلاة والسلام عالماً بأنها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلاً)** ومما يرجحه وقوع الاستفهام في القصة في قولها هل عليَّ جناح وأنه عليه السلام فوض إليها تقدير الاستحقاق، ولو كان قضاء لم يفوضه إلى المدعي ولأنه لم يستحلفها على ما ادَّعت

---

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٣١)، وأحمد في مسنده (٦٩٢).

فيبطل به دون الإقرار، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقضي بالبينة أيضا ثم من يقوم مقامه قد يكون بإنابته أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وكلاهما ظاهر، وقد يكون حكماً وذلك بأن يكون ما يدّعيه على الغائب سبباً لما يدّعيه على الحاضر وهو نوعان، **أحدهما أن يكون ما يدّعيه على الحاضر، والغائب شيئاً واحداً مثل أن يدعي** داراً في يد إنسان وأنكر ذو اليد وادَّعى المنكر أنها ملكه **وأقام الخارج البينة أنه اشتراها من فلان الغائب**، أو ادّعى في دار في يد إنسان شفعة لأن ذا اليد اشتراها من فلان، وقال ذو اليد: الدار داري لم أشترها من أحد **فأقام المدّعي البينة أنه اشتراها من فلان الغائب** أو ادّعى على شخص ديناً على أنه كفيل عن الغائب بأمره فأقر الحاضر بالكفالة وأنكر الدين فأقام المدعي البينة أن له على الغائب ألف درهم تقبل بينته في هذه الصور كلها، ويثبت الحق على / الغائب والحاضر **حتى إذا حضر الغائب لزمه** ولا يحتاج [٢٠٣ب/٢] لإعادة البينة، **والثاني** أن يكون ما يدعيه عليهما شيئين مثل أن يدعي القاذف أنه عبد فلان فيجب عليه أربعون فأقام المقذوف البينة أن مولاه الغائب قد أعتقه **فيجب عليه ثمانون سوطاً**، أو قال المشهود عليه: الشاهدان عبدان فأقام المدعي البينة أن مولاهما أعتقهما وهو يملكهما، فإن بينته تقبل ويثبت العتق على الغائب لأن الحقين كشيء واحد إذ لا ينفك أحدهما عن الآخر لأن ولاية الشهادة لا تنفك عن الحرّ وحد الحرّ لا .

ولا كلفها البينة اهـ **قوله: (ولو أقر عند الحاكم فغاب الخ)** قال في الدراية في باب الاستحلاف: ولو أقر وغاب قضى عليه لأن ذلك قضاء إعانة، ولو أقيم البينة فلم تزك فغاب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته في ظاهر الرواية، لأن له حق الجرح في الشهود اهـ **قوله: (أحدهما أن يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب شيئاً واحداً مثل أن يدعي الخ)** وفي هذا القسم ثلاث مسائل وقد ذكرها الشارح اهـ **قوله: (وأقام الخارج البينة أنه اشتراها من فلان الغائب)** أي وهو يملكها فإنه يقضي بها في حق الحاضر والغائب لأن المدعي شيء احد وهو الدار اهـ وأيضاً فما ادعاه على الغائب في هذه الصورة وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب لا محالة لملكه اهـ **قوله: (فأقام المدعي البينة أنه اشتراها من فلان الغائب)** أي بألف درهم وهو يملكها وأنه شفيعها يقضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعاً اهـ غاية. **قوله: (حتى إذا حضر الغائب لزمه)** أي ولا يلتفت إلى إنكاره اهـ **قوله: (والثاني)** أي النوع الثاني اهـ وكتب ما نصه ومسائله ثلاث أيضاً اهـ **قوله: (فيجب عليه ثمانون سوطاً)** أي فتقبل هذه البينة ويقضي بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعاً، حتى لو حضر الغائب وأمكن العتق لا يلتفت إلى إنكاره، وإن ادّعى شيئين مختلفين لأنه ادّعى على الحاضر جداً كاملاً، وعلى الغائب عتقاً لكن لما كان العتق سبباً لثبوت ما يدعي على الحاضر لأن تكميل الحد لا ينفك عن العتق بحال فيقضي

ينفك عن الأحرار، **وكذا لو أقام أحد الوليين البينة** أن شريكه الغائب عفا عن القود، وقال انقلب نصيبي ما لا تقبل، وإن كان أحد الحقين ينفك عن الآخر لا تقبل في حق الغائب وتقبل في حق الحاضر مثل أن يدعي رجل أنه وكيل الغائب بنقل امرأته أو عبده إليه فأقامت المرأة أو العبد بينة أنه أعتقه أو طلقها فإنها تقبل في حق قصر اليد عنهما فليس للوكيل أن ينقلهما، ولا يقبل في حق وقوع الطلاق والعتق فلا يقعان، وكذا لو اشترى رجل جارية ثم ادّعى أن مولاها زوّجها من فلان الغائب، وأراد ردّها بعيب الزواج لا يقبل منه لاحتمال أنه طلقها وزال العيب، ولو كان ما يدَّعيه على الغائب شرطاً لما يدَّعيه على الحاضر ينظر، فإن كان الغائب يتضرر بالشرط لم تقبل بينته على الحاضر والغائب مثل أن تقول المرأة لزوجها: إنك علقت طلاقي بطلاق فلان الغائب زوجته ثلاثاً وأقامت بينته أن فلاناً طلق زوجته ثلاثاً لم تقبل بينتها لأنه يتضرر بذلك، وإن كان لا يتضرر تقبل بأن قالت: علقت طلاقي بدخول فلان الغائب الدار فأقامت بينة أنه دخل الدار تقبل لأنه لا ضرر عليه، ومن المتأخرين من قال في الشرط أيضاً: تقبل مطلقاً كما في السبب منهم علي البزدوي لأن دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط أيضاً.

قال رحمه اللّه: (ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصي والأب). لأن القاضي يقدر على تحصيل المال من المستقرض والوصي والأب لا يقدران على ذلك فيضمنان بإقراض مال الصغير، وهذا لأن الإقراض تبرع، ألا ترى أنه لا يجوز التأجيل فيه كسائر التبرعات فلا يملكانه، ولأنه بإقراضهما يكون على شرف التوى بأن يجحد المستقرض على ممر الزمان وترد شهوده لأن كل مستقرض غير مؤتمن ولا كل شاهد مقبول ولا كل قاض عادل، بخلاف إقراض القاضي حيث يكون الإقراض أحسن تصرف في حقه لأن القاضي كثير الاشتغال فلا يمكنه أن يباشر الحفظ بنفسه، وإنما يدفعه إلى أمينه ودفعه إليه بطريق القرض أنظر لليتيم لأنه يكون مضموناً عليه، والوديعة أمانة إن هلكت تهلك بغير شيء ويؤمن التوى بجحود المستقرض لكونه معلوماً للقاضي، ولكونه لا يقرضه لديانته ومعرفته بأحوال الناس إلا من أمين يؤمن ولا يخاف منه الجحود، وإنما يكتبه في الصك ليحفظه لأنه لكثرة اشتغاله يخاف أن ينساه، قال شمس الأئمة في الأب روايتان: أظهرهما أنه ليس له أن

بالبينة في حق الغائب والحاضر جميعاً اهـ غاية. **قوله: (وكذا لو أقام أحد الوليين البينة الخ)** قال في غاية البيان: والثالثة رجل قتل رجلاً عمداً وله وليان غاب أحدهما وادَّعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه فانقلب نصيبي مالاً، وأنكر القاتل فأقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضي بها على الحاضر والغائب جميعاً.

يقرض والمعنى ما بينا وليس له أن يأخذ مال ولده الصغير قرضاً لنفسه، فيما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقيل: له ذلك ثم ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال/ الأيتام حتى لو اختل أحد منهم أخذ منه المال لأن [٢٠٤/أ/٢] القاضي وإن كان قادراً على الاستخلاص لكن إنما يقدر من الغني لا من الفقير، ألا ترى أنه ليس له أن يقرض المعسر ابتداء، فكذا ليس له أن يتركه عنده انتهاء والله أعلم بالصواب.

باب التحكيم

لما كان المحكم من أنواع الحكام ذكره في كتاب القضاء وهو جائز بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ [النساء:٣٥] نزلت في تحكيم الزوجين، وأما السنة فما روي أنه عليه الصلاة والسلام «تركهم على حكم سعد بن معاذ في بني قريظة»[١] وعليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم.

قال رحمه الله: (حكما رجلاً ليحكم بينهما فحكم ببينة أو إقرار أو نكول في غير حدّ وقود ودية على العاقلة صح لو صلح المحكم قاضياً) لما تلونا وروينا، ولأن لهما ولاية أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما لأنه بمنزلة الحاكم في حقهما، وشرط أن يكون حكمه بالبينة أو الإقرار أو النكول ليكون موافقاً لحكم الشرع وشرط لنفوذ حكمه أن يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة، لأن تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية على دمهما، ولهذا لا يملكان إباحته **وكذا لا ولاية لهما على العاقلة** فلا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته ولا على القاتل، لعدم التزام العاقلة حكمه، ولكنه مخالفاً لحكم الشرع لأن الدية تجب على

باب التحكيم

قوله: (لما كان المحكم من أنواع الحكام ذكره في كتاب القضاء) أي إلا أنه أخر ذكره لأن حكمه أدنى حالاً من حكم القاضي، ولهذا إذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي انتهى إليه أبطله، ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص بخلاف حكم القاضي، فإن القاضي ينفذ حكمه إذا لم يكن مخالفاً لنص الكتاب والسنة المشهورة والإجماع، ويجوز حكم القاضي في الحدود والقصاص ولا يجوز حكم القاضي فيهما ويجوز حكم القاضي رضي الخصم أم لا، ولا يجوز حكم الحكم إلا بعد رضا الخصمين يقال: حكمه أي فوض الحكم إليه اهـ غاية. **قوله: (وكذا لا ولاية لهما على العائلة)** يعني لو حكماه في دم خطأ

(١) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (٣٠٤٣)، ومسلم في الجهاد والسير (١٧٦٨).

العاقلة لا على القاتل ولو ثبت القتل بإقراره أو ثبت جراحته ببينة وأرشها أقل مما تتحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة خطأ أو عمداً أو كان قدر ما تتحمله، ولكن الجراحة كانت عمداً لا توجب القصاص نفذ حكمه عليه لأن العاقلة لا تعقله، وأجاز في المحيط التحكيم في القصاص لأنه من حقوق العباد، **والأوّل ذكره الخصاف** وشرط أن يكون صالحاً للقضاء لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط في القاضي حتى لو كان حكما كافراً أو عبداً محجوراً أو محدوداً في قذف أو صبياً لا يجوز، لأنه لا يصلح قاضياً لانعدام أهلية الشهادة فكذا حكماً، وإن حكما فاسقاً أو امرأة جاز كما في القضاء لأنهما أهل للشهادة وكذا الكافر في حق الكافر لأنه أهل للشهادة في حقه وكذا يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة.

قال رحمه اللّه: (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل حكمه) لأنه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل أن يحكم بينهما كما أن المقلد من جهة الإمام له أن يعزله قبل أن يحكم بين الناس، ولا يقال: إن التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب أن لا يصح عزله إلا باتفاقهما، **لأنا نقول**: التحكيم من الأمور الجائزة من غير لزوم فيستبد أحدهما بنقضه، كما في المضاربات والشركات والوكالات.

قال رحمه اللّه: (فإن حكم لزمهما) لأن حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي إذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا، ولأن حكمه لا يكون دون صلح جرى بينهما بتراضيهما، وفيه لا يكون لأحدهما أن يرجع عنه بعد تمامه فهذا أولى.

قال رحمه اللّه: (وأمضى القاضي حكمه إن وافق مذهبه) يعني إذا رفعا حكمه إليه وتحاكما عنده نفذه إن وافق مذهبه، لأنه لا فائدة في نقضه ثم إبرامه ثم فائدة هذا الإمضاء أن لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه إذا رفع إليه، لأن إمضاءه بمنزلة قضائه ابتداء ولو لم يمضه لنقضه.

[٢٠٤ب/٢] قال رحمه اللّه: (وإلا أبطله) أي إن لم يوافق مذهبه أبطله/ لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما إذا رفع إليه حكم حاكم حيث لا يبطله، وإن خالف مذهبه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع على ما تقدم، لأن المولى من جهة الإمام له ولاية على الناس كافة، لأن مقلده له ولاية على الناس كافة فكان نائباً له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل فلا يتمكن أحد من نقضه كحكم الإمام نفسه بخلاف المحكم، لأنه باصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما، ولا يلزم القاضي حكمه بمنزلة اصطلاحهما في المجتهدات حتى كان له

فقضى بالدية على العاقلة أو على القاتل في ماله لا يجوز اهـ **قوله: (والأول ذكره الخصاف)** وهو الصحيح اهـ غاية. **قوله: (لأنا نقول)** أي نقول: يجوز أن لا يثبت العقد إلا باتفاقهما

نقض اصطلاحهما إذا رأى خلاف ذلك فكذا هذا، وهذا لأنه أعطى له حكم القاضي في حقهما حتى اشترط فيه شرائط القضاء وفي حق غيرهما كواحد من الرعايا، وقال ابن أبي ليلى: هو بمنزلة المولى من جهة الإمام حتى لا يكون لأحد أن ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعي وجوابه ما بينا، ولو أخبر هذا المحكم بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله **لأن الولاية قائمة وإن أخبر بالحكم لا يقبل** لانقضاء الولاية هكذا ذكر صاحب الهداية، وقال في النهاية: يعني لو قال المحكم بينهما لأحدهما: قد أقررت عندي لهذا بكذا وكذا أو قامت عندي بينة عليك بكذا وكذا فعدلوا، وقد ألزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا وأنكر المقضي عليه أن يكون قد أقر عنده بشيء، أو قامت عليه بينة بشيء نفذ الحكم عليه لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك فيملك الإقرار كالقاضي المولى، إذا قال في حال قضائه لإنسان: قضيت عليك لهذا بإقرارك أو ببينة قامت عندي بذلك فإنه يصدق في ذلك ولا يلتفت إلى إنكار المقضي عليه فكذا هذا، وقال في المحيط: حكما رجلاً مادام في مجلسه، وقالا: لم تحكم بيننا وقال الحكم: حكمت فالحكم مصدق ما دام في مجلسه لأنه حكى ما يملك استئنافه فيملك الإقرار به، وجعل إقراره كإنشاء الحكم ولا يصدق بعده لأنه لا يملك إنشاء الحكم ولا يملك الإقرار به، وقال فيه المحكم: إنما يخرج عن الحكومة بأحد أسباب ثلاثة إما بالعزل، أو بانتهاء الحكومة نهايتها بأن كان مؤقتاً فمضى الوقت، أو بخروجه من أن يكون أهلاً للشهادة بأن عمي أو ارتدّ والعياذ بالله تعالى، وإن لم يلحق بدار الحرب ولو غاب أو أغمي عليه وبرئ منه أو قدم من سفره أو حبس كان على حكمه، لأن هذه الأشياء لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة، وكذا لو ولي القضاء ثم عزل عنه فهو على حكومته لأن العزل لم يوجد من جهة المحكين وإنما وجد من جهة الوالي وولاية الحكومة مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالي، وكذا لو حكم بينهما في بلد آخر جاز لأن التحكيم حصل مطلقاً فكان له الحكومة في الأماكن كلها، ولو حكما

ثم ينفرد أحدهما بالفسخ كما في المضاربة والشركة اهـ غاية. **قوله: (لأن الولاية قائمة وإن أخبر بالحكم لا يقبل)** قال الإتقاني رحمه الله: قوله: ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله أي قول المحكم ذكره تفريعاً على ما تقدم، يعني إذا قال الحكم لأحد الخصمين: قد أقررت عندي بكذا، أو قال: قامت البينة عليك وألزمتك بالحكم وأنكر المقضي عليه أن يكون أقر فالحكم ماض عليه، لأن له أن ينفذ التحكيم ما دام في المجلس والمجلس باق فإذا قال: حكمت صدق وإن قال الحكم: كنت حكمت بكذا لم يصدق لأنه إذا حكم صار معزولاً ولا يقبل قول المعزول إني حكمت عليه بكذا، ولأنه لما قام من مجلسه صار قضاؤه كالقاضي بعد العزل

رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو حكم أحدهما دون الآخر لا يجوز لأنهما رضيا برأيهما لا برأي أحدهما والله أعلم بالصواب.

قال رحمه الله: (وبطل حكمه لأبويه وولده وزوجته كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم) أي يبطل حكم الحكم لهؤلاء كما يبطل حكم الحاكم لهم بخلاف حكمه عليهم، لأنه يتهم بحكمه لهم فيبطل دون حكمه عليهم، وهذا كالشهادة حيث لا يجوز لهم ويجوز عليهم لما ذكرنا، ويجوز أن يقضي لأبي امرأته وأمها/ [٢٠٥/أ ٢] وكذا لامرأة ابنه أو لزوج ابنته إذا كان المقضي له بالحياة لأن شهادته جائزة **فهذا هو الحرف، وإن كان ميتاً لم يجز** لأن القضاء لهم قضاء لزوجته وولده إذا كانوا يتوارثون، وإن كانوا لا يتوارثون جاز لعدم التهمة، ويجوز القضاء للإخوة وأولادهم والأعمام لأن شهادته لهم جائزة والله أعلم بالصواب وهو حسبي ونعم الوكيل.

باب مسائل شتى

قال رحمه الله: (**لا يتد** ذو سفل فيه **ولا ينقب كوة** بلا رضا ذي العلو) معناه إذا كان لرجل سفل ولآخر علو فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً ولا ينقب فيه كوة، **وهذا عند أبي حنيفة** رحمه الله **وقالا: يصنع فيه ما لا يضر بالعلو**، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على العلو بيتاً أو يضع عليه جذوعاً أو يحدث كنيفاً **قيل: ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة** رحمه الله: على معنى أنه لا يمنع إلا

إذا قال: قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا اهـ **قوله: (فهذا هو الحرف، وإن كان ميتاً لم يجز)** قال قاضيخان في كتاب الدعوى في فصل من يجوز قضاء القاضي له: ويجوز قضاء القاضي لأم امرأته بعدما ماتت امرأته ولا يجوز إن كانت امرأته حية، وكذا لو قضى لامرأة أبيه بعدما مات الأب جاز، وإن كان الأب في الأحياء لا يجوز اهـ

باب مسائل شتى

قوله في المتن: (لا يتد) وتد الوتد يتده إذا ضربه من باب ضرب اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولا ينقب كوة)** بفتح الكاف اهـ إتقاني. **قوله: (وهذا عند أبي حنيفة)** أي لغير رضا صاحب العلو اهـ فتح. **قوله: (وقالا: يصنع فيه ما لا يضر بالعلو)** والاتفاق على أنه ليس له أن يهدم سفله لما فيه من إبطال حق صاحب العلو في سكناه العلو قاله الكمال رحمه الله تعالى. **قوله: (قيل: ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة)** على معنى أنه لا يمنع إلا ما فيه ضرر **قال قاضيخان في فتاواه**: علو لرجل وسفل لآخر قال أبو حنيفة: ليس لصاحب العلو أن **يبني في العلو** بناء أو يتد وتداً إلا برضا صاحب السفل، وقال صاحباه: له ذلك إذا لم يضر

ما فيه ضرر مثل ما قالا، وقيل: فيه خلاف حقيقة، وهو أن الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه وهو مطلق له، والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فما أشكل يبقى على أصل الإباحة، **وعنده الأصل هو الحظر** لأنه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستأجرة والإطلاق لعارض وهو عدم الضرر بيقين فما أشكل يبقى على أصل الحظر، وهذه الأشياء من المشكل فظهر فيها ثمرة الخلاف **ولا خلاف فيما لا إشكال فيه، ولو انهدم السفل من غير صنع** صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي، ولكن لصاحب العلو أن يبني إن شاء ويبني عليه علوه، **ثم يرجع عليه بقيمة البناء** ويمنعه من السكنى فيه **حتى يدفع إليه قيمته يوم البناء** لأنه مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن إذا قضى الدين بغير إذن الراهن لا يكون متبرعاً، بخلاف الدار المشتركة إذا انهدمت فبناها أحدهما بغير إذن صاحبه حيث لا يرجع لأنه متبرع إذ هو ليس بمضطر لأنه يمكنه أن يقسم عرصتها ويبني نصيبه، وصاحب العلو ليس كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة **كان له أن يرجع**، وعلى هذا لو انهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع لأنه مضطر إذ لا يمكن قسمة بعضه، ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه **يجبر على إعادته لتعدّيه بمحل تعلق به حق الغير** كالراهن يعتق العبد المرهون أو مولى العبد الجاني يتصرف فيه بعتق أو نحوه، وذكر الحلواني أن كل من أجبر أن يفعل مع شريكه، فإذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لا يرجع لأنه متطوع إذ كان يمكنه أن يجبره، **وذلك مثل كري النهر** أو إصلاح سفينة معيبة **وفداء العبد الجاني**، وإن لم يجبر لا يكون متطوعاً كمسألة انهدام العلو والسفل

بالسفل والمختار للفتوى أنه إن ضر بالسفل يمنع، وإن لم يضر لا يمنع وعند الاشتباه والإشكال يمنع اهـ **قوله: (وعنده الأصل هو الحظر)** وقوله: قياس لأنه لا يخلو عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فوجب نقضه اهـ كافي. **قوله: (ولا خلاف فيما لا إشكال فيه)** أي فإن له أن يصنع ما لا يضر به بالاتفاق اهـ **قوله: (ولو انهدم السفل من غير صنع)** أي أما إذا هدمه بنفسه فيأتي حكمه في الشرح اهـ **قوله: (ثم يرجع عليه بقيمة البناء الخ)** وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته، قال: وذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق وهذا عندي في غاية الحسن إذا كان بقضاء ويجب أن لا يضمن لو علا بناء السفل على ما كان عليه ذلك القدر اهـ فتح. **قوله: (حتى يدفع إليه قيمته يوم البناء)** قال الكمال: واختلف أن القيمة تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء اهـ **قوله: (كان له أن يرجع)** أي لأنه لا يمكن الانتفاع بنصيبه إلا ببنائه فلا يكون متطوعاً اهـ فتح. **قوله: (يجبر على إعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير)** أي وهو قرار العلو اهـ فتح. **قوله: (وذلك مثل كري النهر)** أي

لأنه لا يتوصل إلى حقه أصلاً، ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بالإصلاح فصار مضطراً، وذكر في النهاية معزياً إلى قاضيخان، ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئراً عند أبي حنيفة رضي الله عنه له ذلك، وإن تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر.

قال رحمه الله: (**زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح فيها أهل الأولى باباً** بخلاف المستديرة) معناه سكة طويلة يتشعب عنها سكة أخرى طويلة **وهي غير نافذة فليس لأهل/ السكة الأولى أن يفتحوا باباً** إلى السكة الأخرى لأن الباب [٢٠٥ب/٢] يقصد للمرور، ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وإنما ذلك لأهلها على الخصوص، ألا ترى أنه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لأهل الأولى، فلو مكنوا من فتح الباب لخرجوا منه إليها إذ لا يمكنهم المنع في كل ساعة، ويخاف أن يسد بابه الأصلي ويكتفي بالباب المفتوح ويجعل داره من تلك السكة فيمنع منه لأنها ملكهم فلا يشاركهم فيها غيرهم، ولأنه يلحق بهم ضرر بأن يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما إذا كانت نافذة لأن الاستطراق حق العامة وهم من جملتهم، وقيل لا يمنعون من فتح الباب لأنه رفع جداره وهو له أن ينقض كله فأولى أن يكون له نقض البعض، **والصحيح هو الأول لما ذكرنا** ولأنه يركب عليه باباً ويدعي حق المرور على طول الزمان فيستدل بالباب على أن له حق المرور **فيحكم له به**، وقوله: بخلاف

المشترك بينهما إذا امتنع أحدهما عن كريه وكري الآخر اهـ **قوله**: (**وفداء العبد الجاني**) يعني العبد المشترك إذا جنى ففداه أحدهما فهو متطوع لأن الآخر يجبر اهـ **قوله في المتن**: (**زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة**) والزائغة الأولى غير نافذة أيضاً، وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ذلك وقد صرح الإمام التمرتاشي والفقيه أبو الليث إلا أن يجعل غير نافذة حالاً من الزائغتين جميعاً اهـ كاكي. **قوله**: (**فليس لأهل السكة الأولى أن يفتحوا باباً إلخ**) ولكن هذا فيما إذا أراد بفتح الباب المرور فإنه يمنع استحساناً، وإذا أراد به الاستضاءة أو الريح دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقل فخر الإسلام عن الفقيه أبي جعفر اهـ إتقاني. **قوله**: (**والصحيح هو الأول لما ذكرنا**) قال الإتقاني: والأصح أنه يمنع من فتح الباب لأنه نص في الكتاب قال: وليس له أن يفتح باباً وهذا لأنه متى فتح الباب فقد اتخذ لنفسه طريقاً لأنه لا يمكنهم منعه في كل ساعة وزمان حتى لو فتح باباً للاستضاءة والريح ونحوه لا يمنع اهـ **قوله**: (**فيحكم له به**) قال شمس الأئمة الحلواني في محيطه في كتاب الشفعة: سكة غير نافذة بيعت فيها دار فأهلها شفعاء لأنهم شركاء في حقوق المبيع فإن كان فيها عطف إن كان مربعاً فأصحاب العطف أولى بما بيع في عطفهم لأنه بسبب التربيع يصير العطف المربع، كالمنفصل عن السكة لأن هيئات الدور في العطف المربع تخالف

المستديرة يعني بخلاف ما إذا كانت الزائغة الثانية مستديرة حيث يكون لكل واحد من أهل الأولى فتح الباب إليها، لأنها لما كانت مستديرة وهي التي فيها اعوجاج حتى بلغ عوجها رأس السكة صارت كلتاهما سكة واحدة، وهي بينهم على الشركة حتى إذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة، وهذا إذا كانت السكة المستديرة غير نافذة أيضاً، وإن كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور، ثم اعلم أن للإنسان أن يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضرراً ظاهراً فيجوز له أن يتخذ في داره حماماً لأن ذلك لا يضر بالجيران، وما فيه من النداوة يمكن التحرز عنه بأن يبني بينه وبين جاره حائطاً، وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجيران إذا تأذوا من دخانه فلهم منعه إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخانهم، ولو اتخذ داره حظيرة غنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ليس لهم في الحكم منعه، ولو حفر في داره بئراً فنز منها حائط جاره لم يكن له منعه وقيل: إن كان يعلم ذلك يقيناً فله منعه وهو خلاف قول أصحابنا رحمهم الله، ولو أراد بناء تنور في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين أو رحا للطحن أو مدقات للقصارين لم يجز لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً فاحشاً لا يمكن التحرز عنه، والقياس أن يجوز لأنه تصرف في ملكه وترك ذلك استحساناً لأجل المصلحة، ولو سقط حائط بين دارين ولأحدهما عورات فطلب من جاره أن يساعده في البناء، قال أصحابنا: لا يجبر، **وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: يجبر في زماننا**، لأنه لا بد من سترة بينهما، وقال قاضيخان: إن كان الحائط يحتمل القسمة ويبني كل واحد في نصيبه السترة لا يجبر وإلا أجبر، وقيل: إن كان يقع بصره في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة، وإن كان يقع في سطحه فلا يمنعه.

هيئات الدور في السكة فصار العطف المربع بمنزلة سكة أخرى فصار كسكة في سكة، ولهذا يمكنه نصب الدرب في أعلاهم وهم أهل السكة فيما بيع في السكة سواء كما لو بيعت دار في السكة العظمى فهم وأهل السكة الصغرى فيها سواء، فكذا هنا وإن كان العطف مدوّراً فالكل سواء لأن العطف المدور اعوجاج في بعض السكة، وبذلك لايصير بمنزلة سكتين لأن هيئات الدور فيها لا تختلف بسبب الاعوجاج فكانت سكة واحدة إلى هنا لفظ شمس الأئمة الحلواني اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: يجبر في زماننا)** قال العمادي: والحاصل أن في هذه المسائل وأجناسها القياس أن كل من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه في الحكم وإن كان يلحق ضرراً بالغير لكن ترك القياس في موضع يتعدى فيه ضرر تصرفه إلى غيره ضرراً بينا وقيل: بالمنع وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اهـ **قوله: (وبعده يقبل لوجود التناقض)** إذ لا يمكنه أن يقول:

قال رحمه الله: (ادَّعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال: جحدنيها فاشتريتها وبرهن على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل، **وبعده يقبل**) **لوجود التناقض** في الوجه الأول لأنه يدعي الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها، وهذا تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما، **وفي الوجه الثاني يمكن** إذ الشراء وجد بعد الوقت الذي يدعي فيه الهبة فلا يكون متناقضاً، ولو لم يقل جحدني الهبة **والمسألتان بحالهما** لا يقبل في / الأولى، ويقبل في الثانية لما ذكرنا من الإمكان وعدمه، ولا فرق في ذلك بين أن يقول: جحدني الهبة أولاً، ولا يقال في الثاني أيضاً وجد التناقض لأنه يدعي شراء ملكه لأنه إذا ملكه في وقت بالهبة فلا يتصور أن يملكه بالشراء بعد ذلك، **لأنا نقول لما جحد الهبة** ووافقه بالترك انفسخت الهبة إذ جميع العقود تنفسخ بالجحود إذا وافقه صاحبه بالترك غير النكاح فإنه لا يقبل النسخ فلا يكون متناقضاً، ولو لم يذكر لهما تاريخاً أو ذكر لأحدهما ينبغي أن تقبل بينته لأن التوفيق ممكن بأن يجعل الشراء متأخراً، **ومثله لو ادَّعى داراً في يد رجل أنها له اشتراها من أبيه** في حياته وصحته وصاحب اليد ينكر فعجز عن إقامة البينة وحلف ذو اليد فأقام المدعي بينة أنه ورثها من أبيه **يقبل لإمكان التوفيق على ما بينا**، ولو ادَّعى الإرث من أبيه أولاً ثم ادَّعى الشراء منه لا يقبل لعدم إمكان التوفيق، وبهذا تبين أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى، إذا لم يمكن التوفيق، وقيل: لا بد من دعوى التوفيق من المدعي وإلا فلا يوفق، وقيل: التوفيق من غير دعواه قياس وعدم التوفيق بدون دعواه استحسان.

[٢/١ ٢٠٦]

وهبني منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منذ سنة اهـ كافي. **قوله: (وفي الوجه الثاني يمكن إلخ)** أي لأنه لا يمكن أن يقول: وهبني منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريته منه منذ أسبوع اهـ كافي. **قوله: (والمسألتان بحالهما)** أي بأن ادَّعى الهبة في وقت ثم برهن على الشراء قبله، ولم يقل: جحدني الهبة فاشتريتها اهـ وقوله: لا يقبل في الأولى أي لأن دعواه الهبة في وقت إقرار منه بملك الواهب في ذلك الوقت ثم دعوى الشراء قبل ذلك يكون رجوعاً عن ذلك الإقرار فكان مناقضاً فلا يتمكن من إثباته بالبينة، فأما دعواه الشراء بعد ذلك يقرر إقراره بالملك له في ذلك الوقت فيتمكن من إثباته بالبينة اهـ كافي. **قوله: (لأنا نقول: لما جحد الهبة إلخ)** انفسخت في حق المدعى عليه، وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه، فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما، فإذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فصح اهـ كافي. **قوله: (ومثله لو ادَّعى داراً في يد رجل أنها له اشتراها من أبيه)** أي المدعي اشتراها من أبي نفسه اهـ **قوله: (يقبل لإمكان التوفيق على ما بينا)** أي بأن يكون اشتراها من أبيه ثم جحد أبوه الشراء حتى

قال رحمه الله: (ومن قال لآخر: اشتريت مني هذه الأمة فأنكر **فللبائع أن يطأها إن ترك الخصومة**) لأن المشتري لما جحد الشراء كان ذلك فسخاً منه إذ الجحود كناية عن الفسخ، لأن الفسخ رفع العقد من الأصل والجحود إنكار للعقد من الأصل فكان بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخاً من جهته، فإذا ساعده البائع بترك الخصومة تم الفسخ فحل له وطؤها وله أن يردها على بائعها بالعيب إن وجد بها عيباً قديماً بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضي، حتى إذا أقام المشتري بعد ذلك بينة أنه اشتراها منه لا تقبل بينته، وفي النهاية إذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشتري ليس له أن يردها على بائعها، لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لاحتمال أن ينكل عند التحليف فاعتبر بيعاً جديداً في حق ثالث، والأشبه أن يكون هذا التفصيل بعد القبض، وأما قبل القبض فينبغي أن يرد عليه مطلقاً لأنه فسخ من كل وجه في غير العقار فلا يمكن حمله على البيع لأن المبيع لا يجوز بيعه قبل القبض وقد بيناه من قبل، فإن قيل: الحكم لا يثبت بمجرد العزم فكيف يكون فسخاً، قلنا: نحن لا نثبته بمجرد العزم وإنما نثبته بالعزم واليمين أو بالعزم والفعل وهو التصرف في الجارية بالنقل من موضع الخصومة إلى بيته أو بالاستخدام أو إمساكها بيده لأن التصرف فيها لا يحل إلا بالفسخ فكان فسخاً دلالة إذ الفعل قد يوجد دلالة، كمن قال لغيره: أجرتك هذه الدابة يوماً لتركبها فأخذها واستعملها كان ذلك قبولاً منه دلالة لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول.

قال رحمه الله: **(ومن أقر بقبض عشرة ثم ادّعى أنها زيوف صدق)** معناه إذا قال: قبضت منه عشرة دراهم ثم ادَّعى أنها زيوف صدق سواء قال: **ذلك موصولاً أو**

مات فورثها اهـ **قوله في المتن: (فللبائع أن يطأها إن ترك الخصومة)** وقال بعضهم: لا يجوز له أن يطأها ويقال: هو قول زفر كذا قال الفقيه أبو الليث: في شرح الجامع الصغير وجه قوله: إنه لما باعها فهي على ملك المشتري ما لم يبعها من البائع أو يتقايلا، ولنا أن الإقالة قد تكون بلفظ الإقالة وبلفظ الرد وبجحودهما بأن تجاحدا البيع، ثم إذا جحد المشتري البيع حصل الفسخ من جهته فإذا عزم البائع على ترك الخصومة بعد ذلك واقترن عزمه بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها من مجلس الخصومة إلى منزله واستخدامها ونحو ذلك، كان ذلك منه دلالة الفسخ فتم الفسخ بينهما اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ومن أقر بقبض عشرة ثم ادَّعى أنها زيوف صدق)** يعني أقر أنه قبض من مديونه بدين قرض اقترضه أو ثمن مبيع أو بدل إجارة أو قال: غصبت منه أو أودعني ألف درهم ثم قال: إلا أنها زيوف أو نبهرجة أو قال: بعد نعم هي زيوف أو نبهرجة اهـ فتح. **قوله: (سواء قال: ذلك موصولاً أو مفصولاً)** وفي المبسوط أقر الطالب أنه قبض مما له على فلان مائة درهم ثم قال: وجدتها زيوفاً فالقول

مفصولاً، وكذا إذا ادَّعى أنها نبهرجة ولو ادَّعى أنها ستوقة لا يصدَّق لأن اسم الدراهم يقع على الجياد والنبهرجة دون الستوقة، ولهذا لو تجوز بالزيوف والنبهرجة جاز حتى في الصرف والسلم دون الستوقة **والقبض لا يختص بالجياد** فيصدق في إنكاره قبض حقه مع يمينه، بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد / أو حقه أو الثمن أو استوفى **حيث** [٢٠٦ب/٢] **لا يصدق في دعواه الزيوف، لأنه مناقض** لأن الزيوف ضد الجياد وحقه في الجياد فكان الإقرار بقبض حقه مطلقاً إقراراً منه بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضاً، وبخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع ثم ادَّعى العيب حيث يكون القول قول البائع لأن المبيع متعين في البيع فإذا قبضه فقد أقر بأنه استوفى عين حقه دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضاً فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه، فإن الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه، وإنما أقر بقبض الدراهم وهي متنوعة فبالإقرار بقبضها لم يكن مقراً بقبض حقه، ثم في قوله: قبضت دراهم جياداً لا يصدق في دعواه الزيوف مطلقاً سواء كان موصولاً أو مفصولاً، وفيما إذا أقر أنه قبض الثمن أو حقه أو استوفى ثم ادّعى أنه كان زيوفاً ينظر **فإن كان مفصولاً لا يصدق** وهو المقصود بما ذكرنا، **وإن كان موصولاً صدق**، وقال في النهاية: لو أقر بقبض حقه ثم قال: إنها ستوقة أو رصاص يصدّق موصولاً لا مفصولاً قال: ذكره شيخ الإسلام ثم الزيوف ما رده بيت المال والنبهرجة ما ترده التجار **والستوقة ما يغلب عليه الغش**، وقيل: الزيوف هي المغشوشة، والنبهرجة هي

قوله وصل أم فصل وإطلاق المصنف قوله صدق يفيده وهذا بخلاف ما إذا أقر بالدين في المبسوط في باب الإقرار بالدين، لو قال: لفلان عليّ ألف درهم من ثمن مبيع أو قرض أو إجارة إلا أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل أم فصل في قول أبي حنيفة وعندهما يصدق إن وصل لا إن فصل، ولو قال: لفلان عليّ ألف درهم من غير ذكر سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ: هو على الخلاف أيضاً لأن مطلق الإقرار بالدين ينصرف إلى الالتزام، أو بالتجارة إذ هو اللائق بحال المسلم وقيل: يصدق هنا إذا وصل بالاتفاق لأن صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة فإذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة اهـ كمال. **قوله: (والقبض لا يختص بالجياد)** أي فلا يكون بدعوى الزيوف متناقضاً فتسمع دعواه بخلاف ما إذا ادَّعى أنها ستوقة أو رصاص حيث لا تسمع دعواه، لأنه متناقض لأنه قال: اقتضيت الدراهم ثم دعواه الستوقة أو الرصاص إنكار منه لقبض الدراهم لأنها ليست من جنس الدراهم. **قوله: (حيث لا يصدق في دعواه الزيوف لأنه مناقض)** أي لأنه أقر بقبض حقه صريحاً أو دلالة اهـ هداية. **قوله: (فإن كان مفصولاً لا يصدق)** أي لأن قوله: جياد مفسر فلا يحتمل التأويل بخلاف غيره لأنه ظاهر أو

التي تضرب في غير دار السلطان والستوقة صفر مموه، وعن الكرخي الستوقة عندهم ما كان عليه الصفر أو النحاس هو الغالب.

قال رحمه الله: (ومن قال لآخر: لك عليَّ ألف درهم فرده ثم صدَّقه فلا شيء عليه) يعني إذا أقر لغيره بألف درهم فرده المقر له بأن قال: ما كان لي عليك شيء أو قال: بل هو لك أو لفلان ثم صدَّقه فقال: بل كان لي عليك في مكانه أو بعده فلا شيء على المقر لأن الإقرار هو الأول وقد ارتدَّ برد المقر له، والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق الخصم بخلاف ما إذا قال: اشتريت وأنكر حيث يكون له أن يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لأن العقد حقهما فبقي على حاله فعمل فيه التصديق، أما المقر له فينفرد برد الإقرار فافترقا، وبخلاف ما إذا أقر بنسب عبده لغيره فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه، حتى إذا ادَّعاه المقر لنفسه لا يصح لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد، ولو قبل الإقرار أو الإبراء عن الدين أو هبته له ثم رده لا يرتد لأنه بالقبول قد تم، وكذا لو قال لعبده: وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد بالرد لأن هبة العبد من نفسه إعتاق وهو لا يرتد بالرد، ولو أقر بشيء لإنسان كالدين وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن إقراره لا يقبل، ولو أراد تحليف المقر له لا يحلف عند أبي حنيفة ومحمد لأن إقراره حجة عليه كالشهادة، ولأن دعواه متناقضة ففسدت فصار نظير ما

نص فيحتمل التأويل اهـ من خط الشارح رحمه الله. **قوله: (وإن كان موصولاً صدق)** والفرق أن في قوله: قبضت ما لي عليه أو حقي عليه جعل مقراً بقبض القدر والجودة بلفظ واحد، فإذا استثنى الجودة فيه استثنى البعض من الجملة فيصح موصولاً، كما لو قال: مائة إلا درهماً، أما لو قال: قبضت عشرة جياداً فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة، فإذا قال: إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل، كما لو قال: عليَّ مائة درهم ودينار إلا ديناراً كان الاستثناء باطلاً، وإن ذكره موصولاً كذا هنا، فإن قيل: ينبغي أن لا يصح استثناء الجودة وإن دخلت تحت الإقرار بلفظ واحد لأن الجودة تبع وصفة للدراهم واستثناء التبع موصولاً لا يصح كاستثناء البناء من الدار موصولاً، قلنا: استثناء البناء من الدار إنما لا يصح لأن البناء دخل في اسم الدار تبعاً فلا يجوز إخراجه مقصوداً، أما الجودة دخلت تحت اللفظ مقصوداً كالوزن لأنه أقر بقبض ما عليه، وعليه تسليم الوزن والجودة فكان داخلاً مقصوداً لا تبعاً فيجوز استثناؤه موصولاً، كذا قيل: وفيه نوع تأمل اهـ كاكي. **قوله: (والستوقة ما يغلب عليه الغش)** قال الكمال: وإنما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لأن غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة، والنسبة إلى الغالب متعين فإذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم إلا مجازاً، ولذا قيل: هو معرب سه طاقه

لو قال: ليس لي على فلان شيء، ثم ادَّعى أن له عليه ديناً وأراد تحليفه لا يحلف، وعند أبي يوسف رحمه الله إذا ادَّعى أنه أقر كاذباً وأراد تحليف المقر له يحلف لجريان العادة بالإشهاد على هذه الأشياء قبل تحققها تحرزاً عن امتناع الآخر عن التسليم.

[٢٠٧/أ/٢] قال رحمه الله: (ومن ادَّعى على آخر مالاً فقال/ : ما كان لك عليَّ شيء قط فبرهن المدعي على ألف وهو برهن على القضاء أو الإبراء قبل) أي ادَّعى رجل على رجل ألف درهم فقال المدعى عليه: ما كان لك عليَّ شيء قط فأقام المدعي البينة أن له عليه ألف درهم وأقام المدعى عليه البينة أنه قضاه أو أبرأه المدعي تقبل بينة المدعى عليه، وقال زفر: لا تقبل لأن القضاء والإبراء يكون بعد الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضاً، **ولنا أن التوفيق ممكن** لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه، ألا ترى أنه يقال: قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ظاهراً ثم يقضي، ألا ترى أنه لو ادَّعى القصاص على شخص فأنكره فأقام المدعي البينة، وأقام المدعى عليه البينة على العفو أو الصلح عنه على مال تقبل بينته، وكذا لو جرى مثل ذلك في دعوى الرق يقبل فكذا هذا، **وكذا لو قال: ليس لك عليَّ شيء لأن التوفيق فيه أظهر** لأنه للحال.

قال رحمه الله: (ولو زاد ولا أعرفك لا) أي لو زاد هذه الكلمة على ما ذكر بأن قال: ما كان لك عليَّ شيء قط ولا أعرفك لا تقبل بينة المدعى عليه على القضاء أو الإبراء لتعذر التوفيق بين قوليه، لأنه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع وأخذ وقضاء واقتضاء بلا معرفة أحدهما صاحبه، وذكر القدوري أنه يقبل أيضاً لأن المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذي بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه بالدفع إليه ولا يعرفه فأمكن التوفيق بهذا الطريق، وقال في النهاية: فعلى هذا قالوا: لو كان المدّعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته، **وفي الكافي قيل: تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات** وقالوا: فيمن قال: لم أدفع ثم قال: دفعت

يعني ثلاث طاقات الطاق الأعلى والأسفل فضة، والأوسط نحاس وهي شبه المموه اهـ **قوله: (فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك)** أي حتى كان للراد أن يعود ويدعيه، فلما لم تبطل بالرد بقي مقراً بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه. **قوله: (ولنا أن التوفيق ممكن)** أي لأنه يمكنه أن يقول: لم يكن لك عليّ شيء ولكن آذيتني بخصومتك الباطلة فدفعت إليك ما تدعيه دفعاً لأذاك اهـ كافي. **قوله: (وكذا لو قال ليس لك عليّ شيء)** أي ثم أقام البينة على القضاء أو الإبراء يقبل فيه البينة اهـ غاية. **قوله: (لأن التوفيق فيه أظهر)** أي لأنه يقول: ليس لك عليّ شيء في الحال لأني قد قضيت حقك أو لأنك أبرأتني، ألا ترى أنه لو صرح به يصح وهذا لأن ليس لنفي الحال اهـ كافي. **قوله: (وفي الكافي قيل: تقبل البينة على الإبراء في**

إليه لا يقبل قوله للتناقض إلا إذا ادَّعى إقرار المدعي بذلك فتقبل بينته لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار.

قال رحمه الله: (**ومن ادّعى على آخر أنه باعه أمته فقال**: لم أبعها منك قط فبرهن على الشراء فوجد بها عيباً فبرهن البائع أنه بريءٌ إليه من كل عيب لم تقبل) أي وجد المشتري بها عيباً فردها عليه فأقام البائع البينة أنه أبرأه من كل عيب بها لا تقبل بينة البائع، وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لأن التوفيق ممكن بأن لم يبعها هو وإنما باعها منه وكيله وأبرأه عن العيب فيكون صادقاً بذلك، ونظيره ما ذكره أبو يوسف رحمه الله أنه لو ادَّعى الشراء من شخص وهو ينكر فأقام المدّعي البينة على الشراء منه وأقام المنكر البينة أن قد رد المبيع عليه تقبل بينته لما ذكرنا من التأويل، أو يقول: أخذه مني ببينة كاذبة ثم استقلته منه فأقالني، ووجه الظاهر أن اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيقتضي وجود العقد إذ الصفة بدون الموصوف لا تتصور، وقد أنكره فيكون مناقضاً بخلاف ما تقدّم من مسألة الدين لأن الباطل قد يقضي على ما مر.

قال رحمه الله: (ويبطل الصك بإن شاء الله) أي يبطل صك الشراء والإقرار إذا كتب في آخره إن شاء الله حتى يبطل الشراء والإقرار بذلك، ولا يلزمه شيء لأن الاستثناء مبطل على ما عرف في موضعه، ولو كتب في آخر الصك فمن قام بهذا الحق فهو وكيل إن شاء الله، أو كتب فما أدرك فلاناً من درك فعلى فلان خلاصه بطل الصك كله عند أبي حنيفة، حتى يبطل الإقرار والشراء/ [٢٠٧ب/٢] **وقالا: ينصرف إلى ما يليه** وهو الأخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله إذ الأصل في الجمل الاستقلال، والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف إلى الكل كان مبطلاً له، فيكون ضد ما قصدوه فينصرف إلى ما يليه ضرورة، ألا ترى أنه لو كتب كتاباً إلى بعض إخوانه أو وكلائه وقال في آخره: يفعل كذا وكذا إن شاء الله ينصرف الاستثناء إلى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كله، فكذا هذا وله أن الكل كشيء واحد بحكم العطف **فينصرف إلى الكل**، كما في الكلمات المعطوف بعضها على بعض مثل قوله: عبده

هذا الفصل باتفاق الروايات) أي لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة اهـ كافي. **قوله في المتن: (ومن ادّعى على آخر أنه باعه أمته الخ)** قال الإتقاني: وهي من مسائل الجامع الصغير ولم يذكر فيها خلافاً بين أصحابنا، وذكر الخصاف هذه المسألة في آخر أدب القاضي وأثبت فيها الخلاف فقال: لا تقبل بينة البائع على البراءة في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: تقبل اهـ **قوله: (وقالا: ينصرف إلى ما يليه)** وقولهما: استحسان كذا ذكر في الشامل في كتاب الإقرار من قسم المبسوط اهـ إتقاني. **قوله: (فينصرف إلى الكل)** أي للاتفاق على أن قول القائل عبده

حر وامرأته طالق، وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله وما ذكراه من العادة إنما جرى بأن يترك فرجة أو يكتب بخط على حدة، فلو فعل هنا ذلك انصرف إلى ما يليه ولا يبطل الشراء ولا الإقرار لأن الفرجة كالسكوت حال النطق، ولأن الاستثناء إنما يكتب في كتب الرسالة للتبرك عادة لا للإبطال، ولهذ لا يبطل ما يليه أيضاً وفي الصك يبطل بالإجماع ثم إنما ذكر ذلك في الكتاب لأن العادة جرت بينهم أن يكتب في أسفل الصك من قام بهذا الحق **فهو ولي ما فيه** أي وكيل بالخصومة بإثبات ما فيه من الحق وفائدة هذه الكتابة أن يثبت به رضا الخصم بالتوكيل لأن التوكيل بالخصومة، لا يجوز إلا برضا الخصم عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا لأن توكيل المجهول وإن كان لا يجوز لكن يسقط به حقه، لأن المنع لحق الخصم فإذا رضي فقد أسقط حقه والإسقاط يجوز، وإن كان مجهولاً إذ لا يؤدي إلى النزاع ثم يوكل من شاء وقيل: لا يفيد على قوله أيضاً وإنما يفيد على قول ابن أبي ليلى: فإن عند أبي حنيفة لما لم يجز توكيل المجهول لا يفيد الرضا به، وعند ابن أبي ليلى يجوز فيفيد.

قال رحمه الله: ﴿**وإن مات ذمي** فقالت زوجته: أسلمت بعد موته **وقالت الورثة: أسلمت قبل موته فالقول لهم**﴾ وقال زفر القول قولها لأن الإسلام حادث والأصل في

حرّ وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله تعالى يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر كمال. **قوله**: ﴿**فهو ولي ما فيه**﴾ يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب إن شاء الله متصلاً بهذه الكتابة اهـ كمال. وكتب أيضاً ما نصه قال الكمال: وقد أورد أن هذا الكلام يقتضي أنه لو لم يكتب إن شاء الله لم يبطل شيء ويلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة، في قوله: ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح أجيب بأن الغرض من كتابته إثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة، فإن التوكيل بالخصومة لا يصح إلا برضا الخصم عنده ودفع بأنه لا يقبل على قوله لأن بهذا يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول والرضا بتوكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضاً، وقيل: بل فائدته التحرز عن قول ابن أبي ليلى. **قوله في المتن**: ﴿**وإن مات ذمي إلخ**﴾ ترجم هنا في الهداية بفصل في القضاء بالمواريث قال الإتقاني: ذكر هذا الفصل في آخر أبواب القضاء لأن الموت آخر أحوال الإنسان في الدنيا فكان ذكر ما يتعلق بالموت مناسباً اهـ **قوله في المتن**: ﴿**وقالت الورثة: أسلمت قبل موته فالقول لهم**﴾ قال الكمال: وكان الأولى أن يقال: بدل قوله القول قول الورثة لا تصدق الورثة إلا ببينة لأن العادة أن من كان القول له: يكون مع يمينه ولا حلف عليهم إلا إن ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على

الحوادث أن تضاف إلى أقرب أوقاته وأقرب أوقاته ما بعد الموت فتضاف إليه، **قلنا: سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر** نعتبره للدفع وما ذكره هو يعتبره للاستحقاق، والظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع، ولو مات مسلم وتحته نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته فقالت: أسلمت قبل موته وقالت الورثة: أسلمت بعده فالقول للورثة أيضاً، ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصودها ذلك، **وأما الورثة فمرادهم الدفع** ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً فحاصله أن الظاهر لا يصلح للاستحقاق، وهي تدعي به الاستحقاق في المسألتين ويصلح للدفع وهم يدعون به الدفع فكان القول قولهم في المسألتين ولا يرد على هذا مسائل ذكرت على سبيل النقض منها ما إذا كان في يد رجل عبد فقال رجل: فقأت عينه وهو في ملك البائع وقال المشتري: فقأته وهو في ملكي كان القول للمشتري فيأخذ أرشه منه فاستحق بالظاهر لأنا نقول لا يجوز أن يكون العبد لرجل وأرشه لغيره فلهذا استحقه هو لا بمجرد الظهور ومنها ما إذا اختلف المؤجر والمستأجر في جريان ماء الطاحونة، وحكم الحال فكان جارياً في الحال يستحق الأجرة بهذا الظاهر لأنا نقول: إنما لا يستحق بالظاهر إذا لم يكن/ [٢٠٨/أ/٢]

العلم اهـ **قوله: (قلنا سبب الحرمان ثابت)** أي سبب حرمان المرأة وهو إسلامها من ميراث زوجها الذمي ثابت في الحال وتحكم الحال عند عدم دليل آخر واجب والحال يصلح للدفع لا للاستحقاق اهـ **قوله: (فيثبت فيما مضت تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر)** هو استصحاب أعني استصحاب الماضي للحال نعتبره للدفع، وما ذكره استصحاب عكس ذلك لأن الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال إلى الماضي، ولكنه اعتبره للاستحقاق وليس حكم الاستصحاب كذلك، والمراد بجريان ماء الطاحونة ما إذا اختلف مالكها مع المستأجر إذا طالبه بمدة فقال: كان الماء منقطعاً حكم جريانه في الحال فإذا كان منقطعاً في الحال فيعطف على الماضي لرفع أجرة استحقاق الماضي فكذا هذا، والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر، فإن ما يثبت به الاستحقاق كثيراً ما يكون ظاهراً كأخبار الآحاد قد تثبت ما يوجب استحقاقاً اهـ كمال. وكتب ما نصه قوله: كما في جريان ماء الطاحونة اختلفا في وجوب الأجر بعد المدة فالمستأجر، يقول: الماء منقطع فلا يجب الأجر، وقال الآجر: جار فيجب الأجر فلو كان الماء في الحال جارياً كان القول: للآجر، ولو كان منقطعاً كان القول للمستأجر وهذا حكم باستصحاب الحال في حق ما مضى بخلاف المفقود، فإن هناك حكماً باستصحاب الحال الماضي في حق الحال فعلم أن العمل بالاستصحاب تارة يكون من الحال للماضي، وتارة من الماضي إلى الحال اهـ كاكي. **قوله: (وأما الورثة فمرادهم الدفع)** أي والاستصحاب يكفي

سبب الاستحقاق موجوداً في الحال، وأما إذا كان السبب موجوداً بيقين فيستحق به فهنا سبب الاستحقاق وهو عقد الإجارة موجود في الحال، وكذا في المسألة الأولى السبب وهو ملك الرقبة موجود في الحال بخلاف الزوجية في مسألة الميراث فإنها ليست بموجودة في الحال، ومنها أن المرأة إذا ادّعت أن زوجها أبانها في المرض وصار فارّاً فترث وقالت الورثة: أبانها في الصحة فلا ترث، كان القول قولها فترث بأن الظاهر يضاف إلى أقرب أوقاته لأنا نقول: إنما ترث لأنها تنكر المانع وهو الطلاق في الصحة والأصل عدمه.

قال رحمه الله: (وإن قال المودع: هذا ابن مودعي لا وارث له غيره دفع المال إليه) يعني إذا مات رجل وله مال عند رجل وديعة فقال المستودع: هذا ابن الميت لا وارث له غيره، فإنه جيب دفع المال إليه لإقراره بأن ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما إذا أقر أنه ملك المورث وهو حي أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه **حيث لا يؤمر بالدفع إليه**، لأن فيه إبطال حق المودع في العين بإزالتها عند يده لأن يد المودع كيد المالك فلا يقبل إقراره عليه، ولا كذلك بعد موته بخلاف المدين إذا أقر أنه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع إليه لأنه إقرار بخالص حقه، **إذ الديون تقضى بأمثالها** فيؤمر بالدفع إليه، **ولو دفع إلى الوكيل في الوديعة**، قال علاء الدين: ليس له أن يسترد من الوكيل لأنه ساع في نقض ما أوجبه، وكان ينبغي له أن يسترد لأن إقراره ليس بحجة في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعدياً ولهذا يضمن إذا جاء المودع وأنكر التوكيل، **ولو لم يسلم إلى الوكيل حتى ضاعت** عنده قال في النهاية: قيل لا يضمن

لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها إلى ما بعد موته فالمسألتان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق اهـ كمال. **قوله: (حيث لا يؤمر بالدفع إليه)** أي لأنه بقيام حق المودع وملكه في الوديعة الآن إذ هو حي فيكون إقراراً على مال الغير ولا كذلك بعد موته لزوال ملكه فإنه أقر له بملكه لما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال، وفي فصل الشراء وإن كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره، أعني المالك لأنه لا يملك إبطال ملكه بإقراره فصار كالإقرار بالوكالة بقبض الوديعة اهـ كمال. **قوله: (إذ الديون تقضى بأمثالها)** والمثل ملك المقر اهـ كمال. وقوله: بأمثالها أي بأعيانها فكان إقراره على نفسه فصح اهـ غاية. **قوله: (ولو دفع إلى الوكيل في الوديعة)** يعني لو دفع إلى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة اهـ **قوله: (ولو لم يسلم إلى الوكيل حتى ضاعت)** قيل يضمنها لأنه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع وقيل: لا لأنه لم يجب عليه الدفع اهـ كمال.

وكان ينبغي أن يضمن لأنه في زعمه وكيل والمنع من وكيله كالمنع منه واختلف في اللقطة إذا أقر الملتقط أنها لفلان هل يؤمر بالدفع، ولو ادَّعى أنه وصي الميت فصدقه مودع الميت أو غاصبه أو وصيه لا يؤمر بالدفع إليه.

قال رحمه الله: (وإن قال لآخر: هذا ابنه أيضاً وكذبه أيضاً وكذبه الأول قضى للأول) يعني قال مودع الميت لرجل آخر بعدما أقر للأول: هذا أيضاً ابنه وكذبه الابن الأوّل قضى بالمال للابن الأوّل لأن إقراره قد صح وانقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الغير فلا يصح، **كما إذا كان الأول ابناً** معروفاً بخلاف إقراره الأول حيث قبل لعدم من يكذبه، فإن قيل: ينبغي أن يضمن المودع هنا للمقر له الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول: إذا بدأ بالإقرار بما في يده لإنسان ثم أقر بأن القاضي المعزول سلمه إليه فإنه يضمن للقاضي على ما مر من قبل، قلنا: هنا أيضاً يضمن نصيبه إذا دفع إلى المقر له الأوّل بغير قضاء القاضي ذكره في النهاية.

قال رحمه الله: (ميراث قسم بين الغرماء لا يكفل منهم ولا من وارث) **وهذا شيء احتاط به بعض القضاة** وهو ظلم وهذا عند أبي حنيفة، **وقالا: يأخذ الكفيل** منهم، والخلاف فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم تقل الشهود: لا نعلم له وارثاً غيرهم، وأما إذا ثبت بالإقرار يأخذ كفيلاً بالاتفاق، وإن قالوا: لا نعلم له وارثاً غيرهم لا يؤخذ منهم كفيل بالاتفاق، وتفصيل ما يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه إلى إقامة البينة على عدد الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه من الخلاف وما لا خلاف فيه من ذلك يذكر في كتاب القسمة إن شاء الله تعالى، لهما أن القاضي ناظر للغيب ويحتمل أن يكون له وارث أو غريم/ غائب بل هو الظاهر، لأن الموت [٢٠٨ب/٢] يأتي بغتة فيحتاط بالكفالة، كما إذا دفع اللقطة أو الآبق إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من مال زوجها ولأبي حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعاً أو ظاهراً فلا يؤخر لأجل الموهوم إلى أن يعطي الكفيل، كما إذا ثبت الشراء ممن هو في يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه، وهذا لأن القاضي مأمور بما ظهر

قوله: (كما إذا كان الأول ابناً الخ) قال الكمال: وهل يضمن للابن الثاني قال في غاية البيان: أنه لا يغرم المودع للإبن الثاني شيئاً بإقراره له، لأن استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف، هذا لأنه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الإرث، فلا يكون الإقرار بالبنوة إقراراً بالمال، وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدّى للابن الثاني الذي أقر له إذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في قول، وفي قول لا يضمن لأن إقراره للثاني صادف ملك الغير ولا يلزم منه شيء اهـ **قوله: (وهذا شيء احتاط به بعض القضاة)** كأنه عنى به ابن أبي ليلى فإنه كان يفعله بالكوفة اهـ كمال. **قوله: (وقالا: يأخذ**

عنده لا بطلب ما لم يظهر فلا يجوز تأخيره، أرأيت أنه لو لم يجد كفيلاً كان يمنع حقه، ولأن المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم، والآبق واللقطة على الخلاف في الأصح إن كان الدفع إليه بإقامة البينة لأنه لما أثبت ببينته حرم تأخير حقه، ولا كذلك الدفع بذكر العلامة لأن الدفع إليه في هذه الحالة غير واجب فلهذا جاز منعه، فكذا تأخيره لعدم الاستحقاق بخلاف الإثبات بالبينة، لأن الدفع مستحق فيه ولا يقال: إن القاضي يتلوّم في هذه الصور ولا يدفع إليه حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث له غيرهم بالاتفاق، ولو كان التأخير ظلماً لما فعل ذلك، لأنا نقول: لا يجوز للقاضي منع حق المستحق إلى معنى آخر بعد ظهوره يقيناً شرعاً لأجل موهوم غير ثابت، ألا ترى أن الوهم موجود وإن قال الشهود: لا نعلم له وارثاً آخر، ولو كان لأجل الوهم تكفيل لوجب التكفيل فيه بخلاف التلوم فإنه في التلوم يحتاط لنفسه بطلب علم زائد بانتفاء الشريك المستحق معه بقدر الإمكان ومثله جائز، ألا ترى أن القاضي يطلب من الشهود أن يقولوا: لا وارث له غيرهم وهو ليس بشهادة لأن الشهادة على النفي لا تجوز ولكنه يزداد به طمأنينة القلب فكذا التلوم، وقدر مدّته مفوّض إلى رأي القاضي وقدره الطحاوي بالحول، وقوله: وهو ظلم أي ميل عن سواء السبيل، وفيه دليل على أن المجتهد يخطئ ويصيب وعلى أن أبا حنيفة رحمه الله بريء عن الاعتزال لا كما ظنه البعض بسبب ما نقل عنه أنه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب، والحق عند الله واحد **قلنا: معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد** إذ هو المأمور به، وهو حجة في حق عمله حتى يحكم بصحته ولا يجوز له العدول عنه، وإن أخطأ الحق الذي هو عند الله تعالى فيكون كأنه أصاب الحق.

قال رحمه الله: (**ولو ادّعى داراً إرثاً** لنفسه ولأخ له غائب وبرهن عليه أخذ نصف المدَّعى فقط) يعني أخذ النصف الذي هو نصيب الحاضر، وترك نصيب الغائب في يد ذي اليد ولا يستوثق من ذي اليد بكفيل، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: إن كان الذي هو في يده جاحداً أخذ منه وجعل في يد أمين، وإن لم يجحد ترك في يده لأن الجاحد خائن فلا يترك في يده إذ لا يؤمن من الجحود ثانياً،

الكفيل) أي لا يدفع إليهم حتى يكفلوا اهـ فتح. **قوله: (قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد)** أي حتى يثاب عليه، وإن وقع اجتهاده مخالفاً للحق عند الله تعالى، وقال محمد: لو تلاعنا ثلاثاً ففرق القاضي بينهما نفذ قضاؤه وقد أخطأ السنة جعل قضاءه صواباً مع فتواه أنه مخطئ الحق عند الله تعالى، كذا في التقويم. **قوله في المتن: (ولو ادَّعى داراً إرثاً إلخ)** هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في دار

والقاضي نصب ناظراً للغيب وليس في تركه في يده من النظر شيء لأن البينة لا توجد في كل مرة، ولا كل قاض يعدل فتعين الأخذ منه ووضعها في يد عدل، ولأنه يخاف أن يتصرف فيه لأن من يدعي أن الشيء وله هو في يده لا يمتنع من التصرف فيه عدلاً كان أو غير عدل، **بخلاف ما إذا كان مقراً** لأن النظر في تركه في يده متعين ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء نصيبه، وليس للقاضي أن يتعرض لودائع الناس ولا لغيرها حتى يأخذها من أيدي من هي عنده فصار نظير ما لو عرف القاضي ملكاً لإنسان ثم رآه في يد غيره فإنه لا يأخذه منه، ولا يتعرض له ما لم يحضر خصمه فكذا/ هذا، وهذا لأن القضاء وقع للميت مقصوداً، [٢٠٩/أ/٢] ولهذا قضى على ذي اليد بكل الدار بحضور البعض من الورثة، وتقضى بها ديونه وتنفذ فيه وصاياه، وصاحب اليد مختار الميت أو يحتمل ذلك فلا ينقض يده، كما إذا كان مقراً وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي فالظاهر أنه لا يضر به ولا يمكنه الجحود بعد ذلك لكون الحادثة معلومة له، وللقاضي ومسجلة في خريطة القاضي، ولا يقال: يحتمل أن يموت القاضي فيعود إلى الإنكار، لأنا نقول: موت القاضي أو الشهود الذي عاينوا القضاء أو الذين شهدوا بأصل الحق أو نسيانهم من أندر ما يكون فلا يعتبر، **وإن كانت الدعوى في المنقول** فقد قيل: لا يترك النصف الذي هو للغائب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع إلى عدل يحفظه لحاجته إلى الحفظ بخلاف العقار لأنه محض بنفسه، **ولهذا يملك الوصي** بيع المنقول على الكبير الغائب لأن له ولاية الحفظ عليه كما للأب ذلك، وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير

في يدي رجل أقام رجل البينة إن أباه مات، وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلان ولا وارث له غيرهما، قال: يقضي له القاضي بنصفها ويترك النصف الباقي في يد الذي في يده الدار، ولا يستوثق منه بكفيل، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا جحدها أخذها منه وجعلها في يدي أمين حتى يقدم الغائب، وإن لم يكن جحدها ترك النصف في يديه حتى يقدم الغائب الآخر إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير، قال في المختلف قيل: إن هذا الاختلاف بناء على أنه هل يجوز القضاء للغائب عندهما يجوز، وعنده لا يجوز وقيل: لا خلاف في القضاء ولكن في ترك نصيبه في يد ذي اليد إلى هنا لفظ المختلف اهـ غاية. **قوله: (بخلاف ما إذا كان مقراً)** أي لأنه أمين الميت فلا ينزع من يده لعدم الفائدة لأنه إذا أخذ منه توضع في يد أمين آخر، فإذا كان الذي في يده الدار أميناً لا يحتاج إلى أمين آخر اهـ إتقاني. **قوله: (وإن كانت الدعوى في المنقول إلخ)** قال الزاهد العتابي: ولو كان عروضاً يؤخذ من يده بالإجماع لأن العروض يمكن تعييبه اهـ إتقاني. **قوله: (ولهذا يملك الوصي)** أي ولأجل أن المنقول يحتاج إلى الحفظ دون العقار والبيع أبلغ في حفظه من تركه اهـ

فيما ورثه منهم لأنهم يملكون حفظه على الصغير دون التصرف فيه، ووصيهم قائم مقامهم فيملك ما يملكونه، وقيل: المنقول أيضاً على الخلاف، وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر بمعنى أنه مضمون عليه، ولو أخذ ودفع إلى أمين القاضي كان أمانة فكان الترك أبعد من التوى، وإنما لا يؤخذ الكفيل منه لأن فيها إنشاء خصومة، **والقاضي نصب لقطعها لا لإنشائها، وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ولا القضاء** لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه، وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه ديناً كان أو عيناً فيقوم مقام سائر الورثة في ذلك، **بخلاف نفس الاستيفاء** فإنه عامل فيه لنفسه لا عن الميت فلا يصلح نائباً لهم أيضاً لعدم التوكيل منهم، ولعدم قيامهم فيه مقام الميت، بخلاف الإثبات فإنه نائب فيه عن الميت فيما له وعليه فيكون نائباً لهم أيضاً في ضمنه، وذكر في الجامع الكبير إنما يكون قضاؤه على جميع الورثة إذا كان المدَّعى في يد الوارث الحاضر، ولو كان البعض في يده يتقدّر بقدره لأن دعوى العين لا تتوجه إلا على ذي اليد فلا يكون خصماً عنهم إلا في قدر ما في يده بخلاف ما إذا كان المدَّعى على الميت ديناً حيث ينتصب فيه بعض الورثة خصماً عن الكل مطلقاً.

قال رحمه الله: (**ومن قال: مالي أو ما أملك في المساكين صدقة فهو على مال الزكاة، ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء**) **والقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصدق بالكل، وبه قال زفر** رحمه الله لأن اسم المال يتناول الكل قال الله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ [البقرة:١٨٨] **وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر**

قوله: (والقاضي نصب لقطعها لا لإنشائها) وهذا لأنه ربما لا يجد كفيلاً ولا يسمح بإعطائه والأخ الحاضر يطالبه به فتثور الخصومة اهـ كمال. **قوله: (وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ولا القضاء)** أي ويسلم النصف إليه بذلك القضاء الكائن في غيبته اهـ فتح. **قوله: (بخلاف نفس الاستيفاء)** أي استيفاء نصيبه اهـ **قوله: (ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء)** وهذا استحسان أخذ به علماؤنا الثلاثة اهـ غاية. **قوله: (والقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصدق بالكل)** أي بكل مال له سواء كان من جنس مال الزكاة أو لم يكن اهـ **قوله: (وبه قال زفر:)** أي والبتي والنخعي والشافعي لعموم اسم المال كالوصية وقال صلى الله عليه وسلم: «من نذر أن يطيع الله فليطعه»[1] وقال مالك وأحمد: يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم: لأبي لبابة حين قال: إن من توبتي أن أنخلع من مالي يجزيك

---

(١) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور (٦٦٩٦)، والترمذي في النذور والأيمان (١٥٢٦)، والنسائي في الأيمان والنذور (٣٨٠٦)، وابن ماجة في الكفارات (٢١٢٦)، وأحمد في مسنده (٢٣٥٥٥)، ومالك في موطئه (١٠٣١).

بإيجاب الله تعالى ومطلق المال في باب الصدقات بإيجاب الله فينصرف إلى البعض، كما في قوله تعالى: ﴿والذين في أموالهم حق معلوم﴾ [المعارج:٢٤] وقوله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم﴾ [التوبة:١٠٣] فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لأنها أخت الميراث، والإرث يجري في جميع الأموال فكذا هي، ولأن العادة أن الإنسان يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكاة حال حياته وجميع المال حال وفاته، ويدخل فيه جنس ما تجب فيه الزكاة وهي السوائم والنقدان وعروض التجارة، سواء بلغت نصاباً أو لم تبلغ قدر النصاب وسواء كان عليه دين مستغرق أو لم يكن عليه دين، **لأن المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها** ولا شرائطها **وتدخل فيه الأراضي العشرية** عند أبي يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة، ألا ترى أن مصرفه/ مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة، وعند محمد [٢٠٩ب/٢] رحمه الله لا تدخل لأنها سبب المؤنة ولذا تجب في أرض الصبي والمكاتب، وفي أرض لا مالك لها كالأوقاف فكانت جهة المؤنة راجحة عنده، وذكر في النهاية قول أبي حنيفة رحمه الله مع قول محمد رحمه الله قال: ذكره التمرتاشي معه ولا تدخل الأرض الخراجية لأنها تمحضت مؤنة، ولا يدخل الرقيق للخدمة ولا العقار وأثاث المنازل وثياب البذلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من أموال الزكاة لما ذكرنا، ومن مشايخنا من قال في قوله: ما أملك أو جميع ما أملك في المساكين صدقة يجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملك قياساً واستحساناً، وإنما القياس والاستحسان في قوله: مالي صدقة أو جميع مالي صدقة لأن الملك أعم من المال، ألا ترى أن الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال: ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فإذا كان لفظ الملك أعم تناول جميع ما يتصدق به، كما لو نص عليه بأن قال: كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة، والصحيح هو الأول لأنهما يستعملان استعمالاً واحداً فيكون النص الوارد في أحدهما وارداً في الآخر فيكون فيه القياس والاستحسان كما في المال، ولأن الإنسان

الثلث اهـ كمال. **قوله: (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى)** ألا ترى أنه لو قال: لله عليّ إطعام ينصرف إلى إطعام عشرة مساكين استدلالاً بإيجاب الله تعالى فكذا هنا اهـ كاكي. **قوله: (لأن المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها)** ولذا قالوا: لو نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بكل ماله لزمه أن يتصدّق به، فإن قضى به دينه لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعده إلى أن يوفي اهـ كمال. **قوله: (ويدخل فيه الأراضي العشرية)** قال الكمال: وهل تدخل الأرض العشرية فيجب التصدّق بها عند أبي يوسف نعم، لأن جهة الصدقة غالبة في العشر، وروي ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لا لأن جهة المؤنة غالبة

عادة يلتزم التصدّق بالفاضل على الحاجة فينصرف فيها إلى جنس ما تجب فيه الزكاة، ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قدر قوته، فإذا أصاب شيئاً بعد ذلك تصدّق بمثل ما أمسك لأن حاجته مقدّمة، ولو لم يمسك قدر حاجته لتكفف الناس من ساعته، وليس من الحكمة أن يتصدّق بما عنده ثم يتكفف من ساعته، ولم يبين في المبسوط قدر ما يمسك لأن ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف ما يتجدّد له من التحصيل فبعض أهل الحرف يحصل لهم كل يوم، وبعضهم كل ثلاثة أيام وبعضهم أكثر وبعضهم أقل، وكذا أهل التجارة وأهل الزرع يتجدّد لهم في كل سنة، وأهل الغلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت وخانات يؤجرونها فيمسك أهل كل صنعة قدر ما يكفيه إلى أن يتجدّد له حاصله.

قال رحمه الله: (ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي **بخلاف الوكيل**) حتى لو باع الوصي شيئاً من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الوصية أيضاً حتى يعلم لأن كل واحد منهما إنابة إلا أن أحدهما في حالة الحياة، والآخر بعد الممات وجه الأول أن الوصية خلافة لأنه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي **فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث** وكثبوت الملك له والولاية، ألا ترى أن

عنده اهـ **قوله**: (**بخلاف الوكيل**) حتى لو باع الوصي شيئاً من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع، وهذه رواية الزيادات وبعض روايات المأذون فعلى هذه الرواية يحتاج إلى الفرق بين الوكالة والوصاية، وفرقهما أن الوصاية خلافة كالإرث فلا يتوقف كالإرث فتثبت بلا علم والوكالة إنابة فيشترط العلم كما في إثبات الملك بالبيع والشراء، وعلى رواية كتاب الوكالة لا يشترط العلم للوكالة أيضاً اعتباراً للوصاية، لأن كل واحد منهما إثبات الولاية، ألا ترى إلى ما قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وإذا كان لرجل عبد عند رجل فقال لرجل: انطلق واشتر عبدي من فلان لنفسك فذهب فاشتراه ولم يكن رب العبد وكل البائع بالبيع، فإن هذا البيع يجوز ويكون أمر لمشتري بالشراء وكالة للبائع بالبيع، قال: هكذا ذكر هنا ثم قال: وذكر في الزيادات وبعض رواية المأذون أنه لا يكون إذناً ما لم يعلمه الرسول بذلك، كذا ذكر شيخ الإسلام المذكور في باب ما لا تجوز فيه الوكالة من شرح الكافي اهـ قاله الإتقاني: في كتاب الوصية قال: وقد مرّ تمام البيان في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث اهـ وانظر ما ذكره في المحيط في كتاب الوكالة في باب ما تقع به الوكالة، وقد قال فيه: فالحاصل أن الوكيل هل يصير وكيلاً قبل العلم به فيه روايتان والوصي يصير وصياً بدون العلم اهـ **قوله**: (**فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث**)

أبا الصغير لو مات وباع الجدّ ماله من غير علم بموته جاز فكذا هذا، أما الوكالة فإثبات ولاية التصرف في ماله وليس باستخلاف لبقاء ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية، كإثبات الولاية بإثبات الملك بالبيع ولأن الموكل قادر فيتصرف بنفسه فلا يفوته النظر فلا حاجة إلى إثباته بدون العلم بخلاف الميت والإذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا تثبت إلا بعد العلم، ولا يجوز تصرف المأذون له قبله لأن الإذن مأخوذ من الأذان وهو الإعلام فلا يتصور بدون العلم.

قال رحمه الله: (**ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه**) أي إذا وكل رجلاً وهو لا يعلم فأعلمه واحد من الناس/ كان وكيلاً، وجاز تصرفه سواء أخبره بذلك عدل أو غير عدل صغيراً أو كبيراً، لأنه من المعاملات **وليس فيه إلزام**، وإنما فيه الإطلاق فلا يشترط فيه العدالة كسائر المعاملات، وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا الإسلام وحاصله أنه من المعاملات فلا يشترط فيه إلا التمييز. [٢١٠/أ/٢]

قال رحمه الله: (**ولا يثبت عزله إلا بعدل أو مستورين** كالإخبار للسيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر) يعني لا يثبت عزله عن الوكالة إلا بخبر عدل واحد أو اثنين غير عدل إلخ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا رحمهما الله: لا يشترط في المخبر بهذه الأشياء **إلا التمييز** لأنها من المعاملات **فصار كالإخبار بالتوكيل** على ما بينا، ولأبي حنيفة رحمه الله أن في هذه الأشياء إلزاماً من وجه فيشترط فيه أحد شطري الشهادة، أما العدد أو العدالة بيان الإلزام أن الوكيل يلزمه العهدة على تقدير أن يتصرف، ولا يلزمه شيء على تقدير عدم التصرف، وكذا

يعني لو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم بموته جاز بيعه اهـ بدائع. **قوله في المتن**: (**ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه**) وقال الشافعي وأحمد: لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلاً لأنها تتضمن عقداً كغيره من العقود، ولأنه تسليط على مال الغير اهـ فتح. **قوله**: (**وليس فيه إلزام**) فإنه مختار في القبول وعدمه فكان كقبول الهدية ممن ذكر أنها على يده، وهو محل الإجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي ويشتري من الكافر اهـ فتح. **قوله في المتن**: (**ولا يثبت عزله إلا بعدل أو مستورين**) قال الكمال: وأجمعوا أن المخبر بالعزل لو كان فاسقاً وصدقه ينعزل اهـ **قوله**: (**إلا التمييز**) لأنها من المعاملات وليس بشهادة ولهذا لا يشترط لفظة الشهادة، ومجلس القضاء فيعتبر خبر الواحد عدلاً كان أو لم يكن اهـ غاية. **قوله**: (**فصار كالإخبار بالتوكيل إلخ**) ثم إثبات الوكالة يصح بخبر الواحد حراً كان أو عبداً عدلاً كان أو فاسقاً رجلاً كان أو امرأة صبياً كان أو بالغاً، وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقاً، وعند أبي حنيفة يشترط العدد أو العدالة حتى لا يثبت العزل عنده إلا بخبر الاثنين أو بخبر الواحد العدل، قالوا في شرح

الشفيع يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوته وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شيء وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمها النكاح وعلى تقدير الردّ لا يلزمها، وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره يلزمه الأرش وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه، ففي كل موضع يلزمه من كل وجه يشترط فيه العدد أو العدالة كما في المنازعات عند الحكام، وفيما لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة فإذا كان فيه إلزام من وجه دون وجه يشترط فيه أحدهما وقد بيناه في النكاح، وأما المسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فالأصح أنه يقبل فيه خبر الفاسق حتى تجب عليه الأحكام بخبره لأن المخبر به رسول رسول الله ﷺ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا فليبلغ»[1] الحديث. وفي الرسول لا يشترط العدالة كالبكر إذا أخبرها رسول الولي بالتزويج، وهذا الخلاف فيما إذا عزله الموكل وبلغه، وأما إذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يبلغه بالإجماع لأن نهي العبد معتبر بنواهي الشرع فكما لا يثبت النهي في الشرع بعد الإطلاق قبل البلوغ إلى المكلف حتى لا يحرم عليه قبله، فكذا نهي العبد وهذا في العزل القصدي، وأما إذا كان حكمياً فيثبت وينعزل قبل العلم به، وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقاً.

قال رحمه الله: (ولو باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء، وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) أي ضاع ثمن العبد في يد البائع وهو القاضي أو أمينه لم يضمن القاضي ولا أمينه الثمن للمشتري لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الخليفة، وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان، لأنه لو لزمه الضمان لتقاعدوا عن قبول هذه الأمانة كيلا يلزمهم الضمان وتعطلت مصالح المسلمين، وكذا لو قبض الثمن وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم إلى المشتري لا يضمن القاضي ولا أمينه الثمن لما ذكرنا.

قال رحمه الله: (ورجع المشتري على الغرماء) لأن البيع واقع لهم فيكون عهدته عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما يجعل العهدة على الموكل إذا تعذر

الجامع الصغير: وعلى هذا الخلاف مولى العبد الجاني إذا أخبر بالجناية فباع أو أعتق هل يصير مختاراً للفداء، وكذا الشفيع إذا سكت بعدما أخبر بالبيع، وكذا البكر إذا سكتت بعدما أخبرت بإنكاح الولي، وكذا الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر فأخبر بالشرائع، وكذا العبد المأذون أخبر بالحجر فعند أبي حنيفة لا بد من العدد أو العدالة حتى يصير المولى مختاراً للفداء ويبطل حق الشفيع بالسكوت، ويكون السكوت رضا في البكر ويلزم الشرائع على الذي أسلم وعندهما لا يشترط العدد والعدالة اهـ إتقاني. والحاصل أنهما

---

(١) جزء من حديث تقدم تخريجه.

جعلها على الوكيل بأن كان الوكيل عبداً أو صبياً محجوراً عليه لأن العقد وقع له.

قال رحمه اللّه: (وإن أمر القاضي الوصي ببيعه فاستحق، أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي) لأن الوصي هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق إليه، كما إذا وكله حال حياته وهذا إذا كان الميت أوصى إليه/ [٢١٠ب/٢] فظاهر، وكذا إذا نصبه القاضي لأن القاضي إنما نصبه ليكون قائماً مقام الميت لا ليكون قائماً مقام القاضي فصار كمن أوصى إليه الميت.

قال رحمه الله: (وهو على الغرماء) أي رجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم ومن عمل لغيره عملاً، ولحقه بسببه ضمان يرجع به على من يقع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه، لأن دينه لم يصل إليه **فيرجع بما ضمن للموصي أو للمشتري** في المسألة الأولى وهو ما إذا كان البائع هو القاضي أو أمينه لأنه قضى ذلك وهو مضطر فيه، وقيل: لا يرجع به لأن الضمان وجب عليه بفعله، لأن قبض الوصي كقبضه والأول أصح لما ذكرنا، والوارث إذا بيع له كان بمنزلة الغريم، لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً فيرجع عليه بما لحقه من العهدة إن كان هو وصي الميت، **وإن كان القاضي أو أمينه هو العاقد رجع عليه** المشتري لما ذكرنا.

قال رحمه الله: (ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم أو بالقطع أو بالضرب فافعله وسعك فعله) قيده هنا بكونه عدلاً عالماً، وفي الجامع الصغير لم يقيده بهما وهو الظاهر، وإنما يسعه فعله لأن طاعة أولي الأمر واجبة، قال الله تعالى: ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾ [النساء:٥٩] وفي تصديقه طاعة ولأنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه في الحال فيقبل قوله لخلوه عن التهمة، ولأنه لا يولى في موضع واحد إلا قاض واحد في الأعصار كلها، ولو لم يقبل قوله وحده لولي في مكان قاضيان فعلم بذلك أن قوله حجة، ثم رجع محمد رحمه الله عن هذا فقال:

يعتبران الانتهاء بالابتداء غاية. **قوله: (فيرجع بما ضمن للوصي أو للمشتري)** قال الكمال: فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك، وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف: قالوا: ويجوز أن يقال: يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً يريد بالمائة ما ضمن للمشتري وفرضه مائة لأنه لحقه ذلك في أمر الميت، وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق أعني جواز أن يقال: وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل: نعم وقال مجد الأئمة السرخكتي: لا يأخذ في الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما ضمن من حيث أن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره، وفي الكاكي الأصح الرجوع لأنه قضى ذلك وهو مضطرّ فيه، فقد اختلف في التصحيح كما سمعت اهـ **قوله: (وإن كان القاضي أو أمينه هو العاقد رجع عليه)** أي على الوارث إذا كان أهلاً، وإن لم يكن أهلاً نصب القاضي عنه من

لا يؤخذ بقوله إلا أن يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضي عدل، وبه أخذ مشايخنا رحمهم الله لفساد أكثر قضاة زماننا والتدارك غير ممكن، ولأن قبول خبر الواحد رتبة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام وغيرهم غير معصوم عن الكذب والغلط إلا في كتاب القاضي إلى القاضي لضرورة إحياء الحقوق، ولأن الخيانة في مثله قلما تقع، وقال أبو منصور الماتريدي رحمه الله: إن كان عدلاً عاملاً يقبل قوله لانعدام تهمة الخيانة، واحتمال الخطأ لأنه لعدالته يؤمن من الميل بالرشوة ولفقهه يؤمن من الغلط ظاهراً **وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر** لأن الجاهل قد يظنّ غير الدليل دليلاً، فإن أحسن بأن ذكر شرائطه مثل أن يحكم بحدّ الزنا مثلاً بإقرار أو ببينة فيأتي بشرائطه عند التفسير وجب تصديقه لأن عدالته تمنعه عن الكذب، وإن لم يحسن بأن أخل في شرائطه من نصاب الشهادة أو التكرار في الإقرار ونحو ذلك **لا يقبل قوله، وإن كان فاسقاً** فكذلك إلا أن يعاين الحجة والمصنف اختار هذا القول لاحتمال الخطأ أو الخيانة، قال الله تعالى في نبأ الفاسق: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾ [الحجرات: ٦]، وإن لم يصدقه فلا يمين على القاضي، لأن اليمين تجب على الخصم والقاضي ليس بخصم، وإنما هو أمين ولو صار خصماً لما نفذ قضاؤه. قال رحمه اللّه: (وإن قال قاض عزل لرجل: أخذت منك ألفاً ودفعته إلى زيد قضيت به عليك فقال الرجل: أخذته ظلماً فالقول للقاضي) وكذا لو قال: قضيت بقطع يدك في حق إذا كان المقطوع يده والمأخوذ منه مال مقراً أنه فعله، وهو قاض لأن المقضي عليه لما أقرّ أنه فعله في حال قضائه صار معترفاً بشهادة الظاهر للقاضي لأن فعل القاضي على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان بحال فجعل القول قوله، ولا يجب على/ القاضي في [٢١١/أ/٢] ذلك يمين لأنه ثبت أنه فعل ذلك في حال قضائه بتصادقهما، ولا يمين على القاضي لما ذكرنا، ولو أقر الآخذ والقاطع بما أقر به القاضي لم يضمنا أيضاً لأن قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار إقراره به كفعله معايناً، ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله أنه لم يكن قاضياً يومئذٍ وإنما فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل كان القول للقاضي أيضاً، لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان، فصار كما إذا قال: طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون كان معهوداً منه، وقال شمس الأئمة السرخسي: إذا زعم المدّعي أن القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي

يقضي دينه اهـ كاكي. **قوله**: (**وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر**) أي عن قضائه اهـ غاية. **قوله**: (**لا يقبل قوله: وإن كان فاسقاً**) يعني سواء كان عالماً أو جاهلاً فشمل صورتين، والأقسام على هذا أربعة عدل عالم لا يستفسر، عدل جاهل يستفسر، فاسق عالم، فاسق جاهل لا

لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته، ومن ادّعى تاريخاً سابقاً لا يصدّق إلا بحجة لأن الأصل متى وقعت المنازعة في الإسناد يحكم الحال، كما إذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الإسناد إلى حالة منافية إلا بحجة بخلاف المسألة الأولى لأنه ثبت الإسناد بتصادقهما، والصحيح هو الأول لما ذكرنا وهو اختيار فخر الإسلام علي البزدوي والصدر الشهيد ونظيره إذا قال العبد لغيره بعد العتق: قطعت يدك وأنا عبد، وقال المقر له: بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد، وكذا لو قال المولى لعبده قد أعتقه: أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد، وقال المعتق: أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى، وكذا الوكيل بالبيع إذا قال: بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل: بعد العزل كان القول للوكيل إن كان المبيع مستهلكاً وإن كان قائماً فالقول قول الموكل لأنه أخبر عما لا يملك الإنشاء فيه فيصير مدّعياً، وكذا في مسألة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة، لأنه أقرّ بالأخذ وبالإضافة يدعي عليه التمليك، **ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل** بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب ضمان على غيره، بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق، فإن قيل: قد وجد الإسناد منهما أيضاً إلى حالة معهودة منافية للضمان فوجب أن لا يضمنا أيضاً كالقاضي، قلنا: إن هذه حجة عارضها ما هو أقوى منها يقتضي وجوب الضمان، وهو الإقرار بسبب الضمان لأن هذه حجة قطعية، لكن إقرار كل مقرّ حجة قطعية على نفسه، وما ذكرنا من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية، والظاهر لا يعارض القطعي، وكان ينبغي أن يكون في حق القاضي، كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو أوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء حذر الضمان بعد العزل فترك، لذلك ولو كان المال في يد الآخذ قائماً، وقد أقرّ بما أقرّ به القاضي والمأخوذ منه المال صدّق القاضي في أنه فعله في قضائه، أو ادّعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لأنه أقرّ أن اليد كان له فلا يصدّق في دعوى تملكه إلا بحجة، وقول المعزول: ليس بحجة فيه وهو نظير مسألة الغلة على ما بينا، **ومن نظائر هذه المسائل ما لو قال الوصي**: بعدما بلغ اليتيم

يقبل قولهما إلا إن عاين الحجة اهـ **قوله: (ولو أقر الآخذ والقاطع في هذا الفصل)** أراد بهذا الفصل ما إذا زعم المأخوذ منه أو المقطوعة يده أن الأخذ أو القطع وقع قبل تقليد القضاء أو بعد العزل اهـ غاية. **قوله: (ومن نظائر هذه المسائل ما لو قال الوصي الخ)** قال قاضيخان رحمه الله في كتاب الوصايا في فصل في تصرفات الوصي في مال اليتيم: وإذا بلغ الصبي

أنفقت عليه، كذا وكذا من المال وأنكر اليتيم ذلك كان القول: قول الوصي: لما أنه أسند إلى حالة منافية للضمان، وأورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما إذا أعتق المولى أمته، ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي: قطعتها وأنا حرة كان القول: قولها: وكذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر [للضمان](١) بإسناده الفعل إلى / حالة منافية له، فأجاب بالفرق بينهما من حيث [٢١١ب/٢] المولى أقرّ بأخذ مالها، ثم ادَّعى التملك لنفسه فيصدّق في إقراره ولا يصدّق في دعواه التملك له، وكذا لو قال لرجل: أكلت طعامك بإذنك فأنكر الإذن يضمن المقر، وهذا الفرق غير مخلص والله أعلم.

وطلب ماله من الوصي فقال الوصي: ضاع مني كان القول قوله لأنه أمين، وإن قال: أنفقت مالك عليك يصدق في نفقة مثله في تلك المدة ولا يقبل قوله فيما يكذبه الظاهر، وإذا اختلفا في المدة فقال الوصي: مات أبوه منذ عشر سنين، وقال اليتيم: مات أبي منذ خمس سنين ذكر في الكتاب أن القول قول الابن واختلف المشايخ، قال شمس الأئمة السرخسي: المذكور في الكتاب قول محمد أما على قول أبي يوسف القول قول الوصي وهذه أربع مسائل إحداها هذه، والثانية إذا ادَّعى الوصي أن الميت ترك رقيقاً فأنفقت عليهم إلى وقت كذا ثم مات وكذبه الابن قال محمد والحسن بن زياد: إن القول قول الإبن، وقال أبو يوسف: القول قول الوصي، وأجمعوا على أن العبيد لو كانوا أحياء كان القول قول الوصي، والمسألة الثالثة: إذا ادَّعى الوصي أن غلاماً للموصي أبق فجاء به رجل فأعطيت جعله أربعين درهماً، والابن ينكر الإباق كان القول قول الوصي في قول أبي يوسف، وفي قول محمد والحسن بن زياد القول قول الابن، إلا أن يأتي الوصي ببينة على ما ادَّعى وأجمعوا على أن الوصي لو قال: استأجرت رجلاً ليردّه فإنه يكون مصدقاً، والمسألة الرابعة إذا قال الوصي: أدّيت خراج أرضك عشر سنين منذ مات أبوك، وقال اليتيم: إنما مات أبي منذ خمس سنين، كان القول قول الابن في قول محمد، لأن الوصي يدعي تاريخاً سابقاً، وهو ينكر وعلى قول أبي يوسف القول قول الوصي، لأن اليتيم يدعي عليه وجوب تسليم المال وهو منكر فيكون القول قوله في هذه المسائل، وإن قال الوصي: فرض القاضي لأخيك الزمن نفقة في مالك كل شهر، كذا فأدّيت إليه لكل شهر منذ عشر سنين، وكذبه الابن لا يقبل قول الوصي عند الكل ويكون ضامناً اهـ.

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

كتاب الشهادة

قال رحمه الله: (هي إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان) هذا في اللغة فلهذا قالوا: إنها مشتقة من المشاهدة التي تبنى على المعاينة، وسمي الأداء شهادة إطلاقاً لاسم السبب على المسبب وقيل: هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لأن الشاهد يحضر مجلس القاضي ومجلس الواقعة، وهي في اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن إخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء، ولفظة الشهادة فشرطها

كتاب الشهادة

قال الكمال: الشهادة لغة إخبار قاطع وفي عرف أهل الشرع إخبار صدق بإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء، فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات اهـ وكتب ما نصه قال الإتقاني: ذكر الشهادات بعد كتاب القضاء لأن القاضي يحتاج في حكمه إلى الشاهد فكان ذلك من تتمة حكمه، وقال الكمال: يتبادر أن تقديمها على القضاء أولى، لأن القضاء موقوف عليها إذا كان ثبوت الحق بها، إلا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدّمه تقدمة للمقصود على الوسيلة اهـ وكتب أيضاً ما نصه قال العيني: ومعناها الحضور قال عليه السلام: «الغنيمة لمن شهد الوقعة»[1] أي حضرها والشاهد أيضاً يحضر القاضي ومجلس الواقعة، وفي الشرع ما ذكره الشيخ بقوله: وهي أي الشهادة إخبار بحق لشخص على غيره عن مشاهدة القضية التي يشهد بها بالتحقيق، وعن عيان أي عن معاينة لتلك القضية والإشارة إليه بقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع»[2]، ثم أكد معنى الشهادة بقوله: «لا عن تخمين» وهو القول: بالحدس قاله الجوهري: وهو مصدر خمن بالتشديد ومادته خاء معجمة وميم ونون، والتخمين والحدس في الإخبار لا يفيد التحقيق والتيقن فلا تجوز الشهادة به، وأكد معنى العيان بقوله: ولا عن حسبان بكسر الحاء من حسبته، كذا أحسبه بالفتح محسبة ومحسبة وحسباناً أي ظننته، ويقال أحسبه بالكسر شاذ، وأما حسبان بالضم فهو مصدر من حسب يحسب من باب نصر ينصر إذا عدّ، وجعل الشارح هذا معنى لغوياً للشهادة ثم قال: وهي في اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن إخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة وليس كذلك، لأن معناها اللغوي الحضور كما ذكرناه وهذا معناه الاصطلاحي، وقوله: إخبار عن مشاهدة

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٨٢).

العقد الكامل والضبط، والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدّعى عليه، **وركنها لفظ أشهد** بمعنى الخبر دون القسم وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة، والقياس يأبى أن تكون الشهادة حجة ملزمة لأنه خبر محتمل للصدق والكذب، **ولكن ترك ذلك بالنصوص** والإجماع.

قال رحمه الله: **(وتلزم بطلب المدّعي)** أي يلزم أداء الشهادة ولا يسع كتمانها إذا طلب المدعي لقوله تعالى: ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة:٢٨٢] وقوله تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة:٢٨٣] وهذا وإن كان نهياً عن الإباء وعن الكتمان لكن النهي عن الشيء يكون أمراً بضده إذا كان له ضد واحد، لأن الانتهاء لا يكون إلا بالاشتغال به فكان أداء الشهادة فرضاً قطعاً كفريضة الانتهاء عن الكتمان فصار كالأمر به، بل آكد ولهذا أسند الإثم إلى الآلة التي وقع بها الفعل، وهي القلب لأن إسناد الفعل إلى محله أقوى من إسناده إلى كله، وقولهم أبصرته بعيني آكد من قولهم: أبصرته، وإسناده إلى أشرف الجوارح دليل على أنه أعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى، ثم إنما يأثم إذا علم أن القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الأداء، وإن علم أن القاضي لا يقبل شهادته أو كانوا جماعة فأدّى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت، فقالوا: لا يأثم **وإن أدّى غيره ولم تقبل شهادته يأثم** من لم يؤدّ إذا كان ممن تقبل شهادته، لأن امتناعه يؤدي إلى تضييع الحقوق هذا إذا كان موضع الشاهد قريباً من موضع القاضي، وإن كان بعيداً بحيث لا يمكنه أن يغدو إلى القاضي لأداء الشهادة ويرجع إلى أهله في يومه ذلك، **قالوا: لا يأثم لأنه**

وعيان هو إخبار بصدق وأما كونه في مجلس القضاء فليس من تمام الحد، وإنما هو من شروط الشهادة وشرط الشيء خارج عن ذاته كما عرف اهـ **قوله: (وركنها لفظ أشهد)** وفي قول القائل في مجلس القاضي: أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات اهـ فتح. **قوله: (ولكن ترك ذلك بالنصوص)** كقوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة:٢٨٢] ونظيره من الكتاب والسنة كثيرة اهـ **قوله في المتن: (ويلزم بطلب المدعي)** قال الكمال: وسبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه، فإن من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق، وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية، فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة إلى التمييز بين المدعي والمدعى عليه، ولم يذكر الإسلام لأن الدين أصل الشهادة في الجملة، وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الإخبار اهـ وكتب أيضاً ما نصه وقال الكمال: وسببية الطلب تثبت بقوله تعالى: ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وسببية خوف الفوت بالمعنى، وهو أن سببية الطلب إنما ثبتت كيلا يفوت الحق اهـ **قوله: (وإن أدّى غيره ولم تقبل شهادته يأثم)** قال

يلحقه الضرر بذلك، وقال تعالى: ﴿ولا يضارّ كاتب ولا شهيد﴾ [البقرة:٢٨٢] ثم إن كان الشاهد شيخاً كبيراً لا يقدر على المشي إلى مجلس القاضي وليس له شيء من المركوب فأركبه المدعي من عنده قالوا: لابأس به وتقبل شهادته لأنه من باب الإكرام للشهود، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «أكرموا الشهود»[١] وإن كان يقدر وأركبه المدعي من عنده قالوا: لا تقبل.

قال رحمه الله: (وسترها في الحدود أحب) لقوله عليه الصلاة والسلام: «للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيراً لك»[٢] وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على أنه مخير بين الستر والإظهار، ولكن الستر أفضل لما روينا **ولقوله عليه الصلاة والسلام: «من ستر على مسلم ستر** الله عليه في الدنيا والآخرة»[٣] وفيما نقل من

الكمال: وعن الفقيه أبي بكر فيمن لا يعرفه القاضي إن علم أن القاضي لا يقبله نرجو أن يسعه أن لا يشهد وفي العيون إن كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم دونه وسعه أن يمتنع، وإن لم يكن أو كان لكن قبولها مع شهادته أسرع وجب، وقال شيخ الإسلام: إذا دعي فأخر بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتمكن التهمة فيه، إذ يمكن أن تأخيره بعذر ويمكن أنه لاستجلاب الأجرة اهـ والوجه أن يقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره اهـ وكتب أيضاً في المجتبى عن الفضل تحمل الشهادة فرض على الكفاية كأدائها وإلا لضاعت الحقوق، وعلى هذا الكاتب إلا أنه يجوز أخذ الأجرة على الكتابة دون الشهادة فيمن تعينت عليه بإجماع الفقهاء، وكذا من لم يتعين عندنا، وبه قال الشافعي: في قول، وفي قول: يجوز لعدم تعينه عليه ويستحب الإشهاد في العقود إلا في النكاح، فإنه يجب وفي الرجعة عند الشافعي وأحمد اهـ كاكي. **قوله: (قالوا: لا يأثم لأنه يلحقه الضرر بذلك)** قال الكمال: قالوا: يلزم إذا كان مجلس القاضي قريباً فإن كان بعيداً فعن نصر إن كان بحال يمكنه الرجوع إلى أهله في يومه يجب لأنه لا ضرر عليه فلو كان شيخاً لا يقدر على المشي فأركبه الطالب لابأس به، وعن أبي سليمان فيمن أخرج الشهود إلى ضيعة فاستأجر لهم حميراً فركبوها لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لأنها العادة وهي إكرام للشهود وهو مأمور به، وفصل في النوازل بين كون الشاهد شيخاً لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجر به دابة فيقبل، وما ليس كذلك فلا يقبل ولو وضع للشهود طعاماً فأكلوا إن كان مهيأً من قبل ذلك يقبل، وإن صنعه لأجلهم لا يقبل، وعن محمد لا يقبل فيهما، وعن أبي يوسف يقبل فيهما، وهو الأوجه للعادة الجارية بإطعام من حل محل الإنسان ممن يعز عليه شاهداً أو لا، ويؤنسه ما تقدّم من أن الإهداء إذا كان بلا شرط ليقضي حاجته عند

---

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٤/ ١٩٨).
(٢) أخرجه أبو داود في الحدود (٤٣٧٧)، وأحمد في مسنده (٢١٣٨٥).
(٣) أخرجه البخاري في المظالم والقصب (٢٤٤٢).

تلقين المقرّ للدرء عن النبي ﷺ وأصحابه دلالة ظاهرة على أن الستر أفضل، **وإن شاء أظهر لأن فيه حسبة أيضاً** لأن فيه إزالة الفساد أو تقليله/ [٢١٢/أ/٢] فكان حسناً، ولا يلزم على هذا قوله تعالى: ﴿إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا﴾ [النور:١٩] الآية، لأن ظاهر الآية والله أعلم يقتضي أنهم يحبون أن تشيع فيهم الفاحشة لأجل أنهم آمنوا، وذلك صفة الكافر فلذلك وعدوا بعذاب أليم، ولأن مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد لا إشاعتها، ولهذا أمر الله تعالى بالإشهاد به بقوله تعالى: ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء:١٥] فلهذا حسن، **والأول وهو الستر أحسن لما بينا**، ولا يلزم عليه قوله تعالى: ﴿ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة: ٢٨٣] لأن المراد به حقوق العباد بدليل قوله تعالى: ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة:٢٨٢] أي إذا ما دعاهم المدّعي إذ الحدود ليس لها مدّع يدّعيها، ولأن الحدود حق الله تعالى والله غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج شحيح فلا يقاس أحد الحقين على الآخر.

قال رحمه الله: (ويقول في السرقة: أخذ لا سرق) لأن الشهادة بالمال واجب إذا طلبه المدعي والستر في الحد أفضل على ما بينا **وأمكنه الجمع بينهما بإقامة الحقين بقوله: أخذ** لأنه يحيي به حق المدعي، ولا يجب به الحد ولأن القطع متى وجب عليه سقط الضمان إذ لا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي بقوله: سرق فيتوقاه مراعاة لحقه، إذ هو محتاج إليه وفيه صيانة يد السارق والله غني عن كل شيء فلا ضرورة إلى إقامته.

الأمير يجوز كذا قيل: وفيه نظر فإن الأداء فرض بخلاف الذهاب إلى الأمير اهـ **قوله: (ولقوله عليه السلام)** أي من رواية أبي هريرة اهـ كمال. **قوله: (من ستر على مسلم ستر)** الذي في الفتح ستره الله. وكتب أيضاً قوله: ولقوله صلى الله عليه وسلم: «من ستر إلخ» رواه البخاري ومسلم اهـ فتح. **قوله: (وإن شاء أظهر لأن فيه حسبة أيضاً)** قال في الهداية: والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد في الستر والإظهار لأنه بين حسبتين إقامة الحدّ، والتوقي عن الهتك والستر أفضل اهـ قال الكاكي: والحسبة ما ينتظر به الأجر في الآخرة، وفي الصحاح احتسب بكذا أجراً عند الله تعالى والاسم الحسبة بالكسر وهي الأجر والجمع الحسب اهـ **قوله: (والأول وهو الستر أحسن لما بينا)** قال الإتقاني: فإن قلت: كيف كان الستر أفضل مع تنصيص قوله تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة﴾ [البقرة:٢٨٣] قلت الآية في المداينة في حقوق العباد لا في الحدود بدلالة الأحاديث التي رويناها آنفاً اهـ **قوله: (وأمكنه الجمع بينهما بإقامة الحقين بقوله: أخذ)** أي فإن الأخذ أعم من كونه غصباً أو على ادِّعاء أنه ملكه مودعاً عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالأخذ مطلقاً ثبوت الحد بها اهـ

قال رحمه الله: (وشرط للزنا أربعة رجال) لقوله تعالى: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهنّ أربعة منكم﴾ [النساء:١٥] ولقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء﴾ [النور:٤] ولقوله تعالى: ﴿لولا جاؤوا عليه بأربعة شهداء﴾ [النور:١٣]، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «إئت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك»[١]. وهذه الألفاظ موضوعة للمذكر دون المؤنث، وقد انعقد الإجماع على اشتراط الذكور فيه لأن الله تعالى يحب الستر على عباده وأوعد بالعذاب من أحب إشاعة الفاحشة على المؤمنين بما تلونا، وفي اشتراط الأربع مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر إذ وقوف الأربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق، وأوجب على من نسب إلى هذه الفاحشة الحد إن كان أجنبياً واللعان إن كان زوجاً كل ذلك يؤكد معنى الستر ويمنع من الإظهار ولا يقال: ليس في هذه النصوص إلا بيان جواز العمل بهذا العدد، وليس فيه بيان ما يمنع العمل بأقل منه، لأنا نقول: هو كذلك لأن التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور ولكن لا يوجبه أيضاً، فمن ادّعى جواز ما دونه يحتاج إلى دليل، كما أن النافي للحكم عند انتفائه لا ينفيه إلا لعدم دليل يقتضيه إذ لا يثبت الحكم الشرعي بغير دليل، وقد وجد الدليل على انتفائه عند انتفاء العدد المذكور هنا وهو إجماع الصحابة، ومن بعدهم إلى يومنا هذا أن الشهود على الزنا إذا نقص عددهم عن الأربعة يجب عليهم الحد لكونهم قذفة، ألا ترى أن عمر رضي الله تعالى عنه حد الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بالزنا، ولو كان الزنا يثبت بما دونه لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على المنسوب إلى الزنا، ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوي، ولوجود النص في الفرع **وشرط القياس المساواة بين الأصل والفرع**، وأن لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به.

قال رحمه الله: (**ولبقية الحدود والقصاص رجلان**) لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ **والخليفتين من بعده** أن لا شهادة للنساء في الحدود/ [٢١٢ب/٢] والقصاص، وقال تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة:٢٨٢]، ولأن

كمال. **قوله**: (**وشرط القياس المساواة بين الأصل والفرع**) أي لأن الزنا أعظم الجرائم ولهذا شرع فيه الرجم فلا يقاس على غيره اهـ من خطه. **قوله في المتن**: (**ولبقية الحدود والقصاص رجلان**) ولا تقبل فيها شهادة النساء اهـ **قوله**: (**والخليفتين من بعده**) وتخصيص الخليفتين يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لأنهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الأحكام

---

[١] تقدم تخريجه.

شهادة النساء فيها شبهة البدلية لأن كل ثنتين منهنّ قائمة مقام رجل فلا يقبل فيما يدرأ بالشبهات، كما لا يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي وإنما كانت فيها شبهة البدلية لا حقيقتها لأن البدل الحقيقي لا يصار إليه مع القدرة على الأصل غالباً، وشهادة امرأتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى: فإن لم يكونا رجلين قالوا إن لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان، ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط أيضاً حتى إذا شهد رجال ونسوة بشيء يضاف الحكم إلى الكل، حيث يجب الضمان على الكل عند الرجوع.

قال رحمه الله: (وللولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه رجل امرأة) يعني يشترط لثبوت هذه الأشياء شهادة امرأة لقوله عليه الصلاة والسلام: «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه»(١) والجمع المحلى بالألف واللام إذا لم يكن ثم معهود يراد به الجنس فيتناول الأقل، وقال حذيفة رضي الله تعالى عنه: «أجاز رسول الله ﷺ شهادة القابلة على الولادة»(٢) وقال الشافعي رحمه الله: يشترط فيه أن يشهد أربعة من النساء لأن كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة، **وقال ابن أبي ليلى: يشترط أن يشهد فيه ثنتان من النساء** لأن المعتبر في باب الشهادات شيئان العدد والذكورة وتعذر اعتبار أحدهما فبقي الآخر وهو العدد على حاله، والحجة عليهما ما روينا، ولأنه إنما سقط اشتراط صفة الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد لأن نظر الواحد أخف، والأحوط الاثنان أو الأكثر لما فيه من معنى الإلزام، ويشترط فيها سائر شرائط الشهادة من الحرية والإسلام والعقل والبلوغ والعدالة **وحكم شهادتهنّ في الولادة والبكارة** والعيوب قد ذكرنا كل واحد منها في موضعها من الطلاق والبيوع، وأما شهادتهنّ في استهلال الصبي لا تقبل في حق الإرث عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مما يطلع عليه

في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما إلا الاتباع اهـ فتح. **قوله: (وقال ابن أبي ليلى: يشترط أن يشهد فيه ثنتان من النساء)** وهو قول مالك والثوري اهـ **قوله: (وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة)** قال الكمال: وأما حكم البكارة فإن شهدن أنها بكر يؤجل العنين سنة فإذا مضت فقال: وصلت إليها وأنكرت ترى النساء، فإن قلن: هي بكر تخير، فإن اختارت الفرقة فرق للحال، وإنما فرق بقولهن لأنها تأيدت بمؤيد وهي موافقة الأصل، إذ البكارة

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/ ١٥١)، والدارقطني في سننه (٤/ ٢٣٢)، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٦٤).

الرجال، وتقبل في حق الصلاة عليه لأنه من أمور الدين كشهادتها في هلال رمضان وروايتها الإخبار، **وعندهما تقبل لأن الاستهلال** علامة حياته ولا يعرفه إلا من حضره ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة، **ويقبل في الولادة شهادة رجل واحد أيضاً** لأنه لما قبل فيه شهادة المرأة كان الرجل بالطريق الأولى ثم اختلفوا فيما إذا قال: تعمدت النظر قال بعضهم: تقبل كما في الزنا.

قال رحمه الله: (ولغيرها رجلان أو رجل وامرأتان) أي يشترط لغير الحدود والقصاص، وما لا يطلع عليه الرجال شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالاً أو غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما ليس بمال، وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها كالأجل، وشرط الخيار لأن الأصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فإنها لا تصلح للخلافة، ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهنّ وإن كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص، وإنما قبلت في الأموال وتوابعها للضرورة لكثرة وقوعها وقلة خطرها ولا كذلك غير المال، ولنا ما روي أن عمراً وعلياً رضي الله عنهما أجازا شهادة/ النساء مع الرجال في النكاح والفرقة، [٢١٣/أ/٢] ولأنها حجة أصلية لا ضرورية والأصل فيها القبول لوجود ما يبنى عليه أهلية الشهادة وهي الولاية وهي تبنى على الحرية والإرث، ولوجود أهلية القبول وهي تبنى على انتفاء التهمة بالكذب والغلط فالكذب ينتفي بالعدالة، والغلط ينتفي بإتقان المعاينة

أصل ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لا في إلزام الخصم، وكذا في رد المبيع إذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري: هي ثيب يريها النساء، فإن قلن: هي بكر لزمت المشتري لتأيد شهادتهن بمؤيد هو الأصل، وإن قلن: ثيب لم يثبت حق الفسخ لأن حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة، ولم تتأيد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة ويتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر، فإن لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهي بكر فإن نكل ردّت عليه، وإن حلف لزمت المشتري اهـ **قوله: (وعندهما تقبل لأن الاستهلال إلخ)** قال الكمال: وأما في حق الإرث فعندهما كذلك، وعند أبي حنيفة لا تقبل إلابشهادة رجل أو رجل وامرأتين لأن الاستهلال صوته مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال وهما يقولان: صوته يقع عند الولادة وعندها لا تحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعي ومالك وأحمد: وهو أرجح اهـ **قوله: (وتقبل في الولادة شهادة رجل واحد أيضاً)** في المبسوط لو شهد بالولادة رجل بأن قال: فاجأتها فاتفق نظري إليها يقبل إن كان عدلاً، ولو قال: تعمدت النظر لا يقبل، وبه قال بعض أصحاب الشافعي: وقال بعض مشايخنا: إن قال: تعمدت

والضبط والأداء لأن بالأول يحصل العلم للشاهد، وبالثاني يحصل به البقاء والدوام، وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا تقبل روايتها في الإخبار وكان ينبغي أن تقبل شهادتهن مطلقاً كالرجال ولكن جاء النص بخلافه كيلا يكثر خروجهن، ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم أخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهة كالمال بل فوقه، ألا ترى أن النكاح يثبت مع الهزل، وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت به شيء وأي شبهة أقوى من الهزل بخلاف الحدود والقصاص لأنها لا تثبت مع الشبهة.

قال رحمه الله: (وللكل لفظة الشهادة والعدالة) أي يشترط لجميع مراتب الشهادة وهي أربع مراتب على ما بينا لفظة الشهادة والعدالة لكي تقبل **حتى لو قال الشاهد: أعلم أو أتيقن لا تقبل** شهادته لأن النصوص ناطقة بالاستشهاد فلا يقوم مقامها غيرها لما فيها من زيادة توكيد لأنها من ألفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظاً فيها، وامتناعه عن الكذب بهذا اللفظ أشد إذ لا يوجد هذا المعنى في غيرها من الألفاظ بخلاف غيرها من الأوامر حيث لا يراعى فيه اللفظ الذي ورد به الأمر بل يتأتى بكل لفظ يعطي ذلك المعنى كالتكبير والإيمان حتى صح الدخول في الصلاة بلفظ التكبير وغيره مما هو في معناه، وكذلك الإيمان يجوز بأي لفظ كان لحصول المقصود به، ولأن في الشهادة إلزام الحاكم الحكم وثبت ذلك على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص، والعراقيون لا يشترطون لفظة الشهادة في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال، ويجعلونه من باب الإخبار لا من باب الشهادة والصحيح هو الأول لأنه من باب الشهادة، ولهذا يشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما، **والعدالة هي المعينة للصدق**، قال الله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢]، وقال تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة٢٨٢] والعدل هو المرضي، ولأن من يباشر غير الكذب من المعاصي قد يباشر الكذب، وهذا لأن الخبر يحتمل الصدق والكذب وبالعدالة تترجح جهة الصدق، وهي الانزجار عما يعتقد حرمته والحجة هو الخبر الصدق ولا يلزم حجة دونها، وهي شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط أهلية الشهادة **إذ الفاسق أهل لولاية القضاء والسلطنة**

النظر أيضاً تقبل، وبه قال أصحاب الشافعي اهـ كاكي وفتح. **قوله: (حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل إلخ)** وثالث وهو التفسير حتى لو قال: أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل، وكذا مثل شهادة صاحبة عند الخصاف للاحتمال اهـ كمال. **قوله: (والعدالة هي المعينة للصدق)** فإن الشهادة إخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر إلى نفس

فيكون أهلاً للشهادة إلا أن فسقه أوجب التوقف في خبره لتهمته، قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾ [الحجرات:٦] أمر بالتبين والتثبت لا بالردّ حتى إذا غلب على ظنه أنه صادق في الشهادة جاز أن يحكم به، **وعن أبي يوسف** رحمه الله **أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس** ذا مروءة تقبل شهادته لعدم تمكن تهمة الكذب في شهادته لأنه لوجاهته لا يتجاسر أحد على استئجاره لأداء الشهادة، ولمروءته يمتنع عن الكذب من غير منفعة له في ذلك، والأول أصح لما ذكرنا ولأن في قبول شهادته إكراماً له، قال عليه الصلاة والسلام: «أكرموا الشهود فإن الله تعالى يحيي الحقوق بهم»[١] وفي حق الفاسق أمرنا بخلافه، قال عليه الصلاة والسلام: «إذا لقيت الفاسق فالقه بوجه **مكفهر**»[٢] ومن يكون/ معلناً بالفسق فلا [٢١٣ب/٢] مروءة له شرعاً، فلا يلزم قبول شهادته حتماً على وجه لا بد منه.

قال رحمه الله: (ويسأل عن الشهود سراً وعلانية في سائر الحقوق) **وهذا عند أبي يوسف ومحمد**، وقال أبو حنيفة: يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه، فإن طعن فيه سأل عنه سراً وجهراً **إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عنه في السر والعلانية**، وإن لم يطعن فيه الخصم لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا المحدود في قذف»[١]، ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه وظاهر قوله تعالى: ﴿وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس﴾ [البقرة:١٤٣] يشهد له، ولأن الظاهر هو الانزجار لأن عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح **فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع**، وإن كان الموضع

المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقاً حتى يعمل به اهـ فتح. **قوله**: (**إذ الفاسق أهل لولاية القضاء والسلطنة**) قال الكمال: إلا أن القاضي إذا قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا، ويكون القاضي عاصياً اهـ قوله: (**وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس إلخ**) كمباشري السلطان والمكسة وغيرهم اهـ فتح. **قوله**: (**مكفهر**) أي شديد العبوسة اهـ قوله: (**وهذا عند أبي يوسف ومحمد**) ومذهب الشافعي كقولهما اهـ غاية. **قوله**: (**إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عنه في السر والعلانية**) أي ويستقصي درء الحد لقوله عليه الصلاة والسلام: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[١] اهـ قوله: (**فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع إلخ**) ولأن السلف الصالح لم يسألوا عن الشهود بل اكتفوا على ظاهر العدالة وأوّل من سأل عنهم ابن شبرمة فدل اتفاقهم

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٩/ ١١٢) بلفظ «إذا لقيت الفاجر».

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/ ١٩٧) والدارقطني في سننه (٤/ ٢٠٦).

(٤) تقدم تخريجه.

موضع استحقاق **كالشفيع يستحق الشفعة** بظاهر يده إذا لم يكن له منازع، وهذا لأنه لا يمكن الوصول إلى القطع لخفائها ولو زكى فالمزكي يخبر عن عدالته متمسكاً بظاهر حاله لأن أقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات، وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية فلا حاجة إلى اشتراط السؤال إلا إذا طعن الخصم فيه، **لأنه لا يطعنه كاذباً ظاهراً فتقابل الظاهران** فوجب الترجيح بالاستقصاء، بخلاف الحدود والقصاص لأنهما يدرآن بالشبهة، ويحتاط لإسقاطهما فيستقصي فيهما ابتداء من غير طعن خصم رجاء أن يسقطا ولهما أن القضاء ينبني على الحجة، ولا تقع الحجة إلا بشهادة العدول على ما بينا، والعدالة قبل السؤال ثابتة بالظاهر، وهو لا يصلح حجة للاستحقاق فوجب التعرف عنها صيانة لقضائه عن البطلان وإسناد الحكم إلى البرهان **وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان** لأن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان في القرن الثالث وهم ناس شهد لهم رسول الله ﷺ بالخير والصلاح بقوله عليه الصلاة والسلام «خير القرون قرني الذي أنا فيه، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف ويشهد قبل أن يستشهد»[١] والآية التي تلونا والحديث الذي روينا يدلان على ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعدما تغير أحوال الناس وظهرت الخيانات والكذب، فأفتى كل واحد

على ظاهر عدالة الإسلام كذا في شرح الأقطع اهـ إتقاني. **قوله: (كالشفيع يستحق الشفعة إلخ)** أما لو جحد المشتري ملكيته للدار التي يشفع بها الشفيع فلا بد من إقامة البينة خلافاً لزفر والمسألة مشهورة اهـ **قوله: (لأنه لا يطعنه كاذباً فتقابل الظاهران)** أي وهما كون الشاهد المسلم لا يكذب ظاهراً فكذلك الخصم مسلم لا يكذب في طعنه ظاهراً فوجب السؤال ترجيحاً لأحد الظاهرين على الآخر، وهذا كمدعي الشفعة بالجوار حيث لا يلزمه القاضي إقامة البينة على ملك الدار، فإذا طعن الخصم فحينئذٍ يلزمه إقامة البينة لأن الظاهر لا يعتبر للإلزام اهـ **قوله: (وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان)** وذلك لأن الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما وما قيل أنه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود له بالصلاح منه ﷺ حيث قال: «خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم» وهما أفتيا بالقرن الرابع ففيه نظر فإن أبا حنيفة توفي في عام خمسين ومائة فكيف أفتى في القرن الثالث وقوله: خير القرون إلخ إثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي ثبت بظاهر حال الإسلام وتحقيقه أنا ما قطعنا بغلبة الفسق، وقد قطعنا بأن من التزم الإسلام لم يجتنب محارمه، ولم يبق مجرد التزم الإسلام مظنة للعدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب

---

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٤ / ٢٠٤).

بما شاهد في زمانه والفتوى اليوم على قولهما لأن الفساد في هذا العصر أكثر، ثم التعديل في السر أن يبعث المستورة **وهي الرقعة إلى المعدل** فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذي يصلي فيه، ومحلته وسوقه إن كان سوقياً فيسأل عن جيرانه وأصدقائه فإذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي أنه عدل جائز الشهادة، ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازاً عن الهتك ويقول: اللّه أعلم إلا إذا عدله غيره وخاف أن يحكم القاضي بشهادته فحينئذٍ يصرح به، ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه أنه مستور ويردّ المعدل المستورة سراً كيلا يظهر فيؤذي، **ولا بد في التعديل في العلانية** من أن يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره عن القاضي **لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم**، وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الأول لأن الشوكة كانت لأهل الخير ولم يقدر عليهم أهل الشر **ويكتفي بالسر في زماننا لما ذكرنا، وقال محمد رحمه اللّه: تزكية العلانية بلاء وفتنة**، ولا بد أن يقول المعدّل: هو عدل جائز الشهادة/ لأن العبد والمحدود في قذف إذا تاب يكون عدلاً، **والأصح أنه يكتفي بقوله: هو عدل** لأن من نشأ في دار الإسلام في زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والإسلام، ولهذا لا يسأل القاضي عن حرية الشاهد [٢١٤/أ ٢]

إلى معارض اهـ كمال. **قوله: (وهي الرقعة إلى المعدل)** وسميت بها لسترها عن نظر العوام اهـ غاية. **قوله: (ولا بد في التعديل في العلانية إلخ)** قال الإتقاني: وصورة تزكية العلانية أن يجمع القاضي بين المعدل والشاهد فيقول المعدل للشاهد الذي عدله: هذا الذي عدلته اهـ (فرع) إذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل إلا إذا طالت، فوقت محمد شهراً وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال: ستة أشهر كذا قال الكمال رحمه اللّه في فتح القدير وسيأتي هذا الفرع اهـ (فرع) لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمض ستة أشهر وقال بعضهم: سنة ولو كان عدلاً فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة اهـ كمال. قال في فتاوى قاضيخان في أوائل كتاب الشهادة: الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان تظهر فيه التوبة، ثم بعضهم قدر ذلك بستة أشهر، وبعضهم قدره بسنة والصحيح أن ذلك مفوض إلى رأي القاضي والمعدل ومن اتهم بالفسق لا تبطل عدالته، والمعدل إذا قال: لشاهد: هو متهم بالفسق لا تبطل عدالته اهـ **قوله: (لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم)** أي والنسبة والصفة فيجمع بينهما فيقول: هذا هو الذي عدلته قطعاً للشركة اهـ إتقاني. **قوله: (ويكتفي بالسر في زماننا لما ذكرنا)** أول من سأل في السر القاضي شريح فقيل له: أحدثت يا أبا أمية فقال: أحدثتم فأحدثنا اهـ كفاية. **قوله: (وقال محمد رحمه اللّه: تزكية العلانية بلاء وفتنة)** وذلك لأن الشهود يقابلون المزكي إذا جرحهم بالأذى وتقع بينهم وبينه العداوة اهـ غاية. **قوله: (والأصح أنه يكتفي بقوله: هو عدل)** والأوّل أحوط لأنه ربما

وإسلامه ما لم ينازعه الخصم، وما ذكره في الجامع أن الناس أحرار إلا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فإنه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسأل عنها محمول على ما إذا طعن الخصم بالرق، فإن أبا الحسين ذكر في مختصر له أن الناس أحرار إلا في أربع مواضع الشهادة الحدود والقصاص والعقل فإنه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع إذا قال المدّعى عليه: أن الشاهد عبد، أو قال القاذف: المقذوف عبد أو قال الشاج: المشجوج عبد أو قالت العاقلة: القاتل عبد لا تقبل شهادته، ولا يجب حد القذف ولا القصاص فيما دون النفس ولا الدية على العاقلة حتى يقيم البينة أنه حر، وهي نظير العدالة عند أبي حنيفة رحمه اللّه فإن القاضي يحكم بظاهر العدالة فيهم [بكونهم من المسلمين ما لم يطعن الخصم فيهم][1] فإذا طعن الخصم سأل على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (وتعديل الخصم لا يصح) **هكذا قال أبو حنيفة** رحمه اللّه، يعني تعديل المدّعى عليه الشهود لا يصح، ومراده على قول من يرى السؤال عن الشهود، وأما على قوله: فلا يتأتى ذلك لأنه لا يرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فإنه لا يراها ومع هذا فرّع عليها على قول من يرى، وإنما لا يصح تعديله لأن من زعم

يكون الشاهد عدلاً، ولا يكون حراً فلا تجوز شهادته اهـ غاية. **قوله في المتن: (وتعديل الخصم إلخ)** قال الكمال: ثم قال أبو حنيفة: تفريعاً على قول: من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدّعى عليه إذا قال في شهود المدّعي هم عدول فلا تقع به التزكية لأن في زعم المدّعي وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلاً، لأن العدالة في المزكي شرط بالإجماع اهـ **قوله: (هكذا قال أبو حنيفة)** أي قال أبو حنيفة في الجامع الصغير لا يقبل تعديل المدعى عليه على قول من يرى أن يسأل القاضي عن الشهود فكان هذا نظير مسألة المزارعة حيث قال أبو حنيفة: ثمة أيضاً على قول من يجيزها وذلك لأن من أصل أبي حنيفة أن القاضي لا يسأل عن الشهود في غير الحدود والقصاص إلا إذا طعن الخصم ومع هذا إذا سأل عنهم على قول من يرى ذلك فقال المشهود عليه: هو عدل لا يكتفي بذلك حتى يسأل غيره لأن تعديل المشهود عليه ليس بتعديل على الكمال بل هو تعديل من وجه وجرح من وجه حيث لم يصدقه على الشهادة، ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة أنه قال في قول من رأى أن يسأل عن الشهود بأنه لا يجوز إذا قال الخصم المشهود عليه: هو عدل حتى يسأل عنه إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير. قال الصدر الشهيد وغيره في شرح الجامع الصغير: وهذا إذا قال هم عدول لكنهم أخطؤوا أو نسوا، أما إذا قال: هم عدول

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

المدَّعي وشهوده أن المدّعى عليه ظالم كاذب في الجحود فتزكية الكاذب الفاسق لا تصح، وعن أبي يوسف ومحمد أن تزكيته تجوز إذا كان من أهله بأن كان عدلاً لكن عند محمد رحمه اللّه لا بدّ من ضم آخر إليه لأنه لا يجوز تعديل الواحد وأبو يوسف يجوّزه على ما يجيء من قريب، والمراد به فيما إذا قال: هم عدول لكنهم أخطأوا أو نسوا، أمّا إذا قال: صدقوا أو هم عدول صدقة فقد لزمه الحق لإقراره به، **ولو قال: هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شيء** لأنهم مع كونهم عدولاً يتوهم منهم النسيان والخطأ، فلا يلزم من كونه عدلاً أن يكون كلامه صواباً.

قال رحمه اللّه: (**والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجمة**) [لأن التزكية][1] من أمور الدين فلا يشترط فيه إلا العدالة **حتى يجوز تزكية العبد والمرأة** والأعمى، والمحدود في القذف إذا تاب لأن خبر هؤلاء مقبول في الأمور الدينية، ألا ترى أن روايتهم في الإخبار مقبولة وهذا عندهما، **وقال محمد رحمه اللّه: يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة** من العدد، ووصف الذكورة حتى يشترط في تزكية شهود الزنا أربعة ذكور، وفي غيره من الحدود والقصاص رجلان وفي غيرهما من الحقوق يجوز

صدقوا في شهادتهم فقد اعترف بالحق فيقضي عليه اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو قال: هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شيء**) وعن محمد أن القاضي يسأل المدعى عليه هل شهدوا عليك بحق أو بغير حق فإن قال: بحق فهو إقرار وإن قال: بغير حق لا يقضي بشيء اهـ كاكي. (فرع) ولو جرح الشهود واحد وعدّلهم اثنان قبلت شهادتهم لأن العدالة ثبتت بحجة راجحة ولو جرحهم اثنان وعدّلهم ثلاثة لا تقبل شهادتهم لأن الثلاث والمثنى في الشهادة سواء فاستوى المعدل والجارح فرجح الجرح، لأن المعدل وقف على ظاهر الحال والجارح وقف على الباطن وهو شيء لم يعرفه المعدل فالجارحان يثبتان شيئاً لم يعرفه المعدلون والشهادة للإثبات اهـ من الواقعات لحسام الدين البخاري. **قوله في المتن**: (**والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجمة**) قال في خلاصة الفتاوى: والترجمان إذا كان أعمى فعن أبي حنيفة لا يجوز، وعن أبي يوسف أنه يجوز اهـ غاية. وقال الكمال في باب من تقبل شهادته عند قوله: ولا تقبل شهادة الأعمى ويقبل أي الأعمى في الترجمة عند الكل لأن العلم يحصل بالسماع وقد كتبت عبارته بكمالها هناك واللّه أعلم. **قوله**: (**حتى يجوز تزكية العبد والمرأة**) قال الكمال: وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة يجوز في تزكية السر المرأة والعبد والمحدود إذا كانوا عدولاً، ولا يجوز في تزكية العلانية إلا من تجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها إلا لفظ الشهادة فقط اهـ **قوله**: (**وقال محمد: يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة**) قال الكمال: ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

رجلان أو رجل وامرأتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة رتبها على مراتب الشهادة، **لأن التزكية في معنى الشهادة** لأن ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية ويشترط فيها ما يشترط في الشهادة، ولهما أنه ليس في معنى الشهادة وإنما هو في معنى الإخبار، ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم **وجاز تزكية** من لا تقبل شهادته له كتزكية أحد الزوجين الآخر وتزكية الوالد ولده وبالعكس، واشتراط العدد في الشهادة أمر تعبدي ثبت على خلاف القياس لأن رجحان الصدق في حق العمل بقوله: بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الأخبار حتى قالوا فيها: لا يرجح بكثرة الرواة ما لم تبلغ حدّ التواتر فلا معنى لاشتراط العدد في الشهادة/ [٢١٤ب/٢] ولكن ترك ذلك للنص فبقي ما وراءها على الأصل وفي المحيط أجاز تزكية الصبي **وقالوا: تشترك الذكورة وعدد الشهادة في تزكية شهود الحد بالإجماع، والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضي إلى المزكي** والمترجم عن الشهود وكل ذلك على الخلاف الذي ذكرنا،

العدد قال المشايخ: فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا اهـ قال في الواقعات لحسام الدين رجل صحب رجلاً في حضره وسفره ولم ير منه إلا الصلاح والخير لا يسعه أن يزكيه ما لم يحصبه ستة أشهر، وهو قول أبي يوسف ثم رجع وقال: سنة، وقال محمد: لا يسعه ما لم يعرفه على وجهه فإن عرفه بالعدالة عدله، وإن عرفه ثم تطاولت المدّة لا يسعه أن يعدله بتلك المعرفة، وحد التطاول سنة أو ستة أشهر اهـ **قوله: (لأن التزكية في معنى الشهادة)** أي ولهذا يعتبر فيها الحرية والعدالة بالاتفاق اهـ إتقاني. **قوله: (وجاز تزكية إلخ)** أي في تزكية السر قال الإتقاني: وتعديل العبد لمولاه والابن للأب في السر يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف والصبي أهل لتعديل لسر وكذا كل من لا تقبل شهادته اهـ وقال الشارح رحمه الله: وهذا الذي ذكرناه كله في تزكية السر اهـ قال في الخلاصة: شرط الخصاف أن يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر، أما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية اهـ غاية. **قوله: (وقالوا: تشترط الذكورة وعدد الشهادة في تزكية شهود الحدّ بالإجماع)** قال في الهداية: ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود، قال الإتقاني: يعني بالإجماع وكذا في القصاص ذكره في المختلف في كتاب الشهادات في باب محمد، وذكر في المختلف والحصر في كتاب الحدود من باب أبي حنيفة تشترط الذكورة في المزكي عند أبي حنيفة خلافاً لهما اهـ وقوله: بالإجماع أي المحكي فيه الإجماع كما ذكر عن المختلف إنما هو الذكورة، وأما العدد فهو شرط عند محمد فقط كما صرح به في الهداية ومختلف الرواية والذخيرة والمجتبى، وكذا ذكره الشارح نفسه في قول محمد وحده اهـ **قوله: (والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضي إلى المزكي)** الظاهر أي المزكي ينظر في الأكمل وكتب ما نصه: وقال في الهداية: وإذا كان

والمعنى ما بينا من الجانبين والأحوط في الكل اثنان، وينبغي للقاضي أن يختار في الخلاف الذي ذكرنا، والمعنى ما بينا من الجانبين والأحوي في الكل اثنان، وينبغي للقاضي أن يختار في المساءلة عن الشهود من هو أخبر بأحوال الناس وأكثرهم اختلاطاً بالناس مع عدالته عارفاً بما يكون جرحاً وما لا يكون جرحاً غير طماع ولا فقير كيلا يخدع بالمال، فإن لم يكن في جيرانه ولا أهل سوقه من يثق به سأل أهل محلته، وإن لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الإخبار، وهذا الذي ذكرناه كله في تزكية السر، **وأما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة** من الحرية والبصر وغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالإجماع لأن معنى الشهادة فيها أظهر فإنها تختص بمجلس القضاء.

قال رحمه الله: (**وله أن يشهد بما سمع** أو رأى في مثل البيع والإقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن لم يشهد عليه) أي: يجوز له أن يشهد في كل ما يتم بنفسه إذا عاين السبب كالبيع إلى آخر ما ذكر وإن لم يشهد عليه، بل يجب عليه إذا ادّعى إليه لما تلونا وروينا، وهذا لأنه علم ما هو الموجب بنفسه **وهو الشرط لقوله**

رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحداً جاز، والاثنان أفضل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز إلا اثنان قال الإتقاني: وهذه من مسائل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير: وأرادوا بالرسول المزكي وعلى هذا الخلاف المترجم عن الشاهد ورسول القاضي إلى المزكي ورسول المزكي إلى القاضي يخبره عن حال الشهود اهـ وقال الكمال: والمراد من رسول القاضي المزكي وهو المسؤول منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذي يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول، والحاصل أنه يكتفي بالواحد في التزكية، وكذا في الرسالة إليه والرسالة منه إلى القاضي وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وبه قال مالك وأحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي وأحمد في رواية اهـ **قوله: (وأما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة)** قال الكمال: فهذا الخلاف في تزكية السر، فأما تزكية العلانية فيشترط العدد بالإجماع علي ما ذكره الخصاف اهـ وكتب ما نصه قال الإتقاني: قال في الفتاوى الصغرى في مسائل الجرح والتعديل: الخلاف في عدد المزكي في تزكية السر، وأما في تزكية العلانية فشرط بالإجماع ثم قال: أهلية الشهادة في تزكية السر ليس بشرط وفي الترجمة شرط اهـ **قوله في المتن: (وله أن يشهد بما سمع إلخ)** قال الكمال قوله: وما يتحمله على قسمين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه أي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولاً كان مثل البيع والإقرار والطلاق وحكم الحاكم، أو فعلاً كالغصب والقتل فإذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضياً يشهد جماعة على حكمه أو رأى الفعل كالقتل وسعه أن يشهد

تعالى: ﴿**إلا من شهد بالحق وهم يعلمون**﴾ [الزخرف:٨٦]، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا علمت مثل الشمس **فاشهد وإلا فدع**»[1] ويقول: «أشهد بأنه باع أو أقر» لأنه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين، وهذا إذا كان البيع بالعقد فظاهر، وإذا كان بالتعاطي فكذلك لأن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال، وقد وجد وقيل: لا يشهدون على البيع بل يشهدون على الأخذ والإعطاء لأنه بيع حكمي وليس ببيع حقيقي، **ولا يقول: أشهدني إلا إذا أشهده كيلا يكون كاذباً** وكذا في الإقرار يقول: أشهد أن فلاناً أقر بكذا لفلان، ولا يقول: أشهدني لما ذكرنا، ولو سمع من وراء الحجاب لا يسعه أن يشهد لاحتمال أن يكون غيره إذ النغمة تشبه النغمة إلا إذا كان في الداخل وحده، وعلم الشاهد أنه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع إقرار الداخل، ولا يراه لأنه يحصل به العلم **وينبغي للقاضي إذا فسر له أن لا يقبله** لأن النغمة تشبه النغمة، وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير، ألا ترى أن الشهادة بالتسامع تجوز في أشياء ثم عند التفسير لا تقبل **وقالوا: إذا سمع** صوت امرأة من وراء الحجاب **لا يجوز أن يشهد عليها إلا إذا كان يرى شخصها وقت الإقرار.**

بذلك فيقول: أشهد أنه باع أشهد أنه قضى فلو كان البيع معاطاة ففي الذخيرة يشهدون على الأخذ والإعطاء، وقيل: يشهدون بالبيع كالقول، ثم قال الكمال: ومنه ما لايثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه لأن الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة والتحميل اهـ **قوله**: (**وهو الشرط**) أي العلم الموجب هو ركن المسوغ لأداء الشهادة لأنه لا حقيقة لمسوّغ الأداء سواه اهـ **قوله**: (**لقوله تعالى**: ﴿**إلا من شهد بالحق وهم يعلمون**﴾ [**الزخرف: ٨٦**]) بيانه أن الله تعالى جوز أداء الشهادة بعد العلم وقد حصل العلم بالرؤية والسماع فتصح الشهادة يدل عليه الإجماع أيضاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**فاشهد وإلا فدع**) فأمر بالشهادة عند العلم يقيناً فعن هذا صرحوا بأنه لو قال له: لا تشهد عليّ بما تسمعه مني ثم قال بحضرته لرجل: بقي لك عليّ كذا أو غير ذلك حل له بل يجب أن يشهد عليه بذلك، وفي الخلاصة اشترى عبداً وادَّعى على البائع عيباً به فلم يثبته فباعه من رجل فادَّعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فأنكر فالذين سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب في الحال اهـ فتح. **قوله**: (**ولا يقول: أشهدني إلا إذا أشهده كيلا يكون كاذباً**) ولا تجوز شهادة الكاذب اهـ غاية. **قوله**: (**وينبغي للقاضي إذا فسر له**) أي بأن قال: إني أشهد بالسماع من وراء الحجاب اهـ **قوله**: (**وقالوا: إذا سمع إلخ**)

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٨٢).

قال رحمه الله: (**ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه**) لأن الشهادة لا يثبت حكمها بنفسه ولا تصير حجة إلا بالنقل إلى مجلس القضاء، ولهذا تعتبر عدالة الأصول فلا يكون لغيره أن يجعل كلامه حجة إلا بأمره فلا يسعه أن يشهد على شهادته إلا بالتحميل، وكذا إذا سمعه يشهد غيره على شهادته **لا يسع السامع أن يشهد على شهادته** لأنه لم يحمله وإنما حمل غيره فصار نظير ما لو سمع شخصاً يوكل حيث لا يجوز للسامع أن يتصرف ما لم يوكله لأن الموكل لم يرض برأيه.

قال رحمه الله: (ولا يعمل شاهد وقاض وراو بالخط إن لم يتذكروا) أي: **لا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر الشهادة** ولا للقاضي / إذا وجد في ديوانه [٢١٥/أ/٢] مكتوباً شهادة شهود ولا يحفظ أنهم شهدوا بذلك، أو قضية قضاها أن يحكم بتلك الشهادة ولا أن يمضي تلك القضية ولا للراوي إذا وجد مكتوباً بخطه أو بخط غيره وهو معروف أنه قرأ على فلان ونحوه أن يروي حتى يتذكر الشهادة أو القضية أو الرواية وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله، ووجهه قوله تعالى: ﴿إلا من

رجلان شهدا على إقرار امرأة لرجل بألف درهم أو غيره، وشهدا أن رجلين سواهما فلان وفلان أشهداهما أنها فلانة بنت فلان الفلاني، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا أجيز ذلك وذكر في العيون أنه لا يجوز عند أبي حنيفة حتى يشهد عند الشاهد جماعة أنها فلانة بنت فلان الفلاني، وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف: يجوز ذلك، وقال الفقيه أبو الليث: إذا سمعوا صوت امرأة من وراء الحجاب أو رأوا شخصها وشهد عندهم رجلان عدلان أنها فلانة جاز لهم أن يشهدوا على إقرارها وإن لم يروا وجهها، وأما إذا لم يروا شخصها لا يحل لهم أن يشهدوا على إقرارها وهو اختيار الفقيه أبي الليث، وذكر عن نصير بن يحيى أن ابناً لمحمد بن الحسن دخل على أبي سليمان الجوزجاني فسأله أبو سليمان عن هذه المسألة قال: كان أبو حنيفة رحمه الله يقول: لايجوز له أن يشهد عليها حتى يشهد عنده جماعة أنها فلانة، وكان أبو يوسف وأبو بكر الإسكاف يقولان: يجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة وعليه الفتوى اهـ قاضيخان رحمه الله. **قوله**: (**لا يجوز أن يشهد عليها إلا إذا كان يرى شخصها وقت الإقرار**) شرط في شهادة النوازل رؤية شخصها دون وجهها اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه**) قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل قال: أشهدني فلان على نفسه بكذا، وكذا قال: لا ينبغي له أن يشهد على شهادته حتى يقول: اشهدوا على شهادتي بذلك قال فخر الإسلام: وأصله أن الشهادة على الشهادة تحميل وتوكيل فلا تصح من غير تحميل اهـ إتقاني. **قوله**: (**لا يسع السامع أن يشهد على شهادته**) وهو بخلاف القاضي إذا أشهد على قضية وسمع بذلك آخرون وسعهم أن يشهدوا، لأن قضاءه حجة بمنزلة الإقرار والبيع وغير ذلك فيصح التحمل

شهد بالحق وهم يعلمون﴾ [الزخرف:٨٦]، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد»[(١)] شرط أن يكون عالماً ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة، ولأن الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لاحتمال أنه مزوّر، وهذا لأن فائدة الكتاب أن يتذكر إذا نظر فيه فإذا لم يفد للقلب التذكر صار وجوده كعدمه، **وقال محمد رحمه الله: يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب** إن تيقن به، وإن لم يتذكر الواقعة توسعة للأمر على الناس، وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز للراوي أن يعمل به لدلالة الظاهر، وكذا للقاضي أن يحكم بالشهادة وأن يمضي القضاء بذلك وليس للشاهد أن يشهد برؤية خطه ما لم يتذكر الشهادة، لأن القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن حفظ كل حادثة، ولهذا يكتب كل حادثة فلو لم يكتف بما يجده في قمطره لتعطل أحوال الناس، ولأن سجله في قمطره وهو في يده تحت [ختمه][(٢)] فيؤمن من التبديل والتزوير وكتابة الرواة تكون في أيديهم فيؤمن التزوير أيضاً بخلاف كتابة الشهادة لأن الصك يكون في يد الخصوم فلا يؤمن من التبديل، **ولو نسي القاضي قضاءه** ولم يكن له سجل فشهد عنده شاهدان بأنه قضى بكذا فعلى الخلاف

من غير إشهاد اهـ إتقاني. وكتب على قوله في الحاشية بخلاف القاضي إذا أشهد إلخ ما نصه، قال الكاكي رحمه الله: بخلاف ما لو سمع قاضياً يشهد قوماً على قضائه، كان للسامع أن يشهد على قضائه بغير أمره لأن قضاء القاضي حجة ملزمة، ومن عاين حجة حل له الشهادة بها كما لو عاين الإقرار والبيع، أما الشهادة في غير مجلس القاضي غير ملزمة كذا قاله قاضيخان، وفي هذا التعليل إشارة إلى أنه إذا سمع في مجلس القاضي ينبغي أن يجوز اهـ **قوله: (لا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر الشهادة)** أي التي صدرت منه، فإن لم يتذكر وجزم أنه خطه لا يشهد لأن هذا الجزم ليس بجزم، بل تخيل الجزم لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافاً هو ولا في شرحه للأقطع، وكذا الخصاف ذكرها في أدب القاضي له ولم يذكر خلافاً اهـ كمال. **قوله: (وقال محمد رحمه الله: يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب)** قال في الخلاصة: ولكن يشترط أن يكون الصك مستودعاً لم تتداوله الأيدي ولم يكن في يد صاحبه من الوقت الذي كتب اسمه ووضع خاتمه، فإن لم يكن كذلك لا يسعه أن يشهد اهـ **قوله: (ولو نسي القاضي قضاءه إلخ)** قال الكمال: ولو نسي القاضي قضاءه ولا سجل له فشهد عنده شاهدان أنك قضيت بكذا لهذا على فلان، فإن تذكر أمضاه وإن لم يتذكر فلا إشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضي بذلك وقيل: وأبو يوسف كذلك وعند محمد يعتمد ويقضي به وهو قول أحمد

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

المذكور، وقيل: عند أبي يوسف لا يعتمد ذلك وعلى هذا لو أخبره قوم يثق بهم أنه كان شاهداً لا يسعه أن يشهد، وعلى هذا لو سمع حديثاً من غيره ثم نسي راوي الأصل فسمعه ممن روي عنه، فعند أبي يوسف لا يعتمده ولا يجوز له أن يعمل به، وعند محمد رحمه الله أن يعتمد ذلك في الكل **ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه أن يشهد.**

قال رحمه الله: (**ولا يشهد بما لم يعاينه إلا** في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف **فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به**) **والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة لا تجوز** إلا بعلم على ما بينا من قبل ولا يتحقق العلم إلا بالمشاهدة والعيان أو بالخبر المتواتر، ولم يوجد فصار كالبيع والإجارة بل أولى لأن حكم المال أخف من حكم النكاح، ولهذا لا يجوز للقاضي أن يحكم بالتسامع والحكم يجب بما تجب به الشهادة ولهذا لو فسر للقاضي لا يقبله وجه الاستحسان أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الأعصار، فلو لم تقبل فيها بالتسامع أدّى إلى الحرج وتعطيل الأحكام، ولأن الأسباب يقترن بها ما تشتهر به فإن النسب يشتهر بالتهنئة، ونسبة كل واحد إلى الآخر عند المخاطبات والمناداة والموت بالتعزية وقسمة التركات واندراس الآثار والنكاح بالشهود والولائم والدخول بتعلق أحكام مشهورة من المهر والنسب والعدة وثبوت الإحصان والقضاء بقراءة المنشور واختلاف الخصوم إليه وازدحامهم عليه فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان، فلا يشترط فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة والإجارة وأمثالها لأنها لا تختص بمشاهدة أسبابها الخواص/ [٢١٥ب/٢] من الناس بل يحضره الخاص والعام، وبه جرت العادة ولأن الناس قاطبة مجمعون على أنهم يشهدون بهذه الأشياء بالشهرة، ألا ترى أنا نشهد أن علياً رضي الله تعالى عنه تزوّج فاطمة ودخل بها، وشريحاً كان قاضياً **وعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه تزوّج بنت علي بن أبي طالب** ولو تعلقت بحقيقة علم النسب أدّى إلى عدم الشهادة بها أصلاً،

وابن أبي ليلى اهـ **قوله: (ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه أن يشهد)** بالاتفاق وقيل: لا يحل ذلك على قول أبي حنيفة خلافاً لهما اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولا يشهد بما لم يعاينه)** أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع اهـ كمال. **قوله: (فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به)** من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين اهـ كمال. **قوله: (والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة لا تجوز)** أي لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل اهـ هداية. **قوله: (وعمر بن الخطاب تزوّج بنت علي بن أبي طالب)** واسمها أم كلثوم على أربعين ألف درهم ذكره الشارح في آخر باب الأولياء في كتاب النكاح اهـ

لأن سبب النسب العلوق ولا علم للبشر فيه وسبب القضاء التولية ولا يحضره إلا الوزير وأمثاله، وكذا الدخول لا يعرفه إلا الزوجان فاكتفى في الكل بالدليل الظاهر، ثم إنما يجوز له أن يشهد بهذه بالتواتر أو بإخبار من يثق به، وإذا رأى امرأة يدخل عليها رجل وينبسطان انبساط الأزواج وسمع من الناس أنها زوجته جاز له أن يشهد به وإن لم يعاين عقد النكاح، وكذا إذا رأى شخصاً جالساً مجلس الحكم يفصل الخصومات جاز له أن يشهد أنه قاض، قالوا: وفي الإخبار يشترط أن يخبره رجلان أو رجل وامرأتان وهم عدول ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن، **وقيل: في الموت يكتفى بإخبار واحد عدل أو واحدة** لأنه قد يتحقق في موضع ليس فيه إلا واحد بخلاف غيره لأن الغالب فيها أن تكون بين الجماعة، **ويشترط في الإخبار لفظ الشهادة** في غير الموت، وفي الموت لا يشترط لأنه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة **ولو لم يحضر الموت** إلا شخص واحد وأراد أن يشهد بموته عند الحاكم أخبر بذلك رجلاً عدلاً ثم يشهدان بذلك عند الحاكم وهو من أعجب المسائل، ولو شهد أنه حضر دفنه فهو معاينة، **وقوله: وأصل الوقف يحترز به من شرائطه** لأن أصله هو الذي يشتهر دون

وقوله: بنت عليّ أي من فاطمة. **قول (وقيل: في الموت يكتفي بإخبار واحد عدل أو واحدة)** قال الإتقاني رحمه الله: ذكر القاضي الإمام ظهير الدين في نكاح فتاواه، والصحيح أن الموت بمنزلة النكاح وغيره لا يكتفي فيه بشهادة الواحد اهـ وكتب أيضاً قال الكمال: وقيل في الموت: يكتفي بإخبار واحد عدل أو واحدة وهو المختار اهـ فقوله: وهو المختار مخالف لما ذكره الإتقاني من التصحيح اهـ وقوله: يكتفي بإخبار واحد عدل أو واحدة لأنه قل ما يشاهد حاله غير الواحد، إذ الإنسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج، ولا كذلك النسب والنكاح اهـ هداية. **قوله: (ويشترط في الإخبار لفظ الشهادة)** قال الكمال: ويشترط كون الإخبار بلفظة الشهادة، وفي الموت إذا قلنا: يكفي الواحد لا يشترط لفظة الشهادة بالاتفاق اهـ **قوله: (ولو لم يحضر الموت إلخ)** قال الكمال: فإذا رآه واحد عدل ويعلم أن القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل أخبر غيره ثم يشهدان بموته، ولا بدّ أن يذكر ذلك المخبر أنه شهد موته أو جنازته ودفنه حتى يشهد الآخر معه، وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموتى لم يسع لأحد أن يشهد بموته إلا إن شهد موته أو سمع ممن شهد بذلك اهـ **قوله: (وقوله: وأصل الوقف)** قبول شهادة التسامع في أصل الوقف هو قول محمد، وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو المختار اهـ شرح المجمع للمصنف[1] في كتاب الوقف. **قوله: (يحترز به من شرائطه)** قال الكمال: وليس معنى

---

(١) هو شرح مجمع البحرين وملتقى النهرين والشرح والمتن كلاهما للمصنف وهو أحمد بن علي بن ثعلب المعروف بابن الساعاتي المتوفى سنة (٦٩٤هـ). انظر كشف الظنون (٢/١٦٠٠).

شرائطه فلا يقبل فيها بالتسامع، وذكر المرغيناني رحمه الله أنه لا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو الفقير، أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا في شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم، ثم قصر الاستثناء على هذه الأشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز لأنه بمنزلة النسب لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[1] ولأن الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم يجز بالتسامع لتعطلت الأحكام وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن العتق ينبني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما ينبني عليه، وذكر شمس الأئمة السرخسي أن الشهادة بالعتق لا تقبل بالإجماع، وذكر الحلواني رحمه الله أن الخلاف ثابت فيه أيضاً ثم ينبغي أن لا يفسر أنه يشهد بالتسامع فلو فسر لا يقبله كمعاينة شيء في يد إنسان يطلق له الشهادة، وإذا فسر لا تقبل.

قال رحمه الله: (**ومن في يده شيء سوى الرقيق لك أن تشهد** أنه له) لأن اليد بلا منازع أقصى ما يستدل به على الملك إذ لا دليل بمعرفة الملك في حق الشاهد سوى

الشروط أن يبينوا الموقوف عليه بل أن يقول: يبدأ من غلتها بكذا لكذا والباقي كذا وكذا، وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات: إذا شهدوا أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي أن يقبل ونص عن الشيخ الإمام ظهير الدين إذا لم يكن الوقف قديماً لا بدّ من ذكر الواقف. **قوله في المتن: (ومن في يده شيء سوى الرقيق لك أن تشهد إلخ)** قال الإمام قاضيخان رحمه الله في فتاواه في كتاب الشهادات في فصل في الشاهد: يشهد بعدما أخبر بزوال الحق، وفي المنتقى إذا رأيت في يد رجل متاعاً أو داراً ووقع في قلبك أنه له ثم رأيت بعد ذلك أنه في يد غيره وسعك أن تشهد أنه للأوّل، وإن لم يقع في قلبك حين رأيته أنه للأوّل لم يسع أن تشهد له برؤيتك إياه في يده، وإن رأيته في يده فوقع في قلبك أنه له ثم رأيته في يد غيره فأردت أن تشهد أنه له فشهد عندك شاهدا عدل أنه للذي في يده اليوم كان هو أودعه للأوّل بحضرتهما لم يسعك أن تشهد أنه للأول، فإن شهد به عدل واحد وسعك أن تشهد أنه للأول قال: لأن عند شهادة الشاهدين يقع في قلبه أنه ليس للأول فلا يحل أن يشهد أنه للأول، بخلاف ما إذا شهد به عدل واحد لأن بشهادة الواحد لا يزول ما كان في قلبك أنه للأوّل فلا يحل لك أن تمتنع عن الشهادة إلا أن يقع في قلبك أن هذا الواحد صادق، فإذا وقع في قلبك ذلك لا يحل لك أن تشهد أنه للأوّل، وذكر في المنتقى أنه إذا رأى شيئاً في يد إنسان ووقع في قلبه أنه له حل له أن يشهد بأنه له، وذكر في الجامع الصغير إذا رأى متاعاً أو داراً في يد إنسان ثم رآه في يد

---

(١) أخرجه الدارمي في سننه في كتاب الفرائض (٣١٥٩).

اليد بلا منازع لأن غاية ما في الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء وغيره وذلك راجع إلى اليد لأن المملك ثبت ملكه باليد بلا منازع، ولولا ذلك لما صح التمليك منه من المشتري فثبت بهذا أن لا دليل على الملك سوى اليد فكان معتمد الشاهد اليد اعتباراً للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة فمنعه الشهادة باليد يؤدّي إلى سدّ بابها، إذ لا دليل للشاهد سوى / اليد وبابها مفتوح وهي مشروعة فما يؤدّي إلى انتفائها فهو المنتفي، وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له ليحصل له نوع علمٍ أو غلبة ظن لأن الشهادة بلا علم لا تجوز لما تلونا وروينا، ولهذا قيل: لو رأى درّة ثمينة في يد كناس أو كتاباً في يد جاهل، وليس في آبائه من هو أهل لذلك لا يسعه أن يشهد له، قالوا: يحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد رحمه اللّه بقوله: وسعك أن تشهد أنه له، وقال الشافعي رحمه اللّه: دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الخصاف: لأن اليد متنوعة إلى ملك ووديعة وعارية وإجارة ورهن فلا يمتاز إلا بالتصرف، قلنا: التصرف أيضاً متنوّع إلى وكالة وأصالة وشرط النسفي التصرف مع اليد وأن يقع في قلبه أنه له، لأن الأصل في الشهادة الإحاطة والتيقن لما بينا، وجوابه أن العلم القطعي متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو اليد لأن الملك لا يعرف بالدليل حقيقة، وإن رآه يشتريه لاحتمال أن البائع لا يملكه فيكتفي بظاهر اليد تيسيراً إذ الأصل أن تكون الأملاك في يد ملاكها وكينونتها في يد غيره عارض فرجحنا بالأصل، ولهذا يقضي له القاضي باليد قضاء ترك ثم المسألة على أربعة أقسام أحدها أن يعاين المالك والملك بأن عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازعة أحد، ثم رآه في

[٢١٦ / ٢/١]

غيره حل له أن يشهد أنه للأوّل، ولم يذكر وقع في قلبه أنه له ولم يذكر التصرف مع اليد، والصحيح ما ذكر في المنتقى لأن اليد محتملة، وكذا التصرف فلا يحل له أن يشهد ما لم يقع في قلبه أنه له اهـ وكتب أيضاً قال الولوالجي رحمه اللّه في فتاواه في كتاب الدعوى: وإذا ادّعى المدعي داراً وشهد شهوده أن فلاناً وهبها له وقبضها أو باعها منه، ولا يحتاجان إلى أن يقولا: باع وهو يملكه في قول أبي حنيفة لأن شهادتهم بقبض المدعي الدار من الواهب والبائع شهادة منهم أن الدار كانت في يد الواهب والبائع فيما مضى، ولو شهدوا أن فلاناً وهب الدار من المدعي والدار كانت في يده يوم الهبة أو باع والدار كانت في يده يوم البيع تقبل البينة ويقضي بها للمدعي لأنهم إن لم يشهدوا بالملك للواهب والبائع نصاً فقد شهدوا له بالملك حكماً، لأن الشهادة باليد عند سبب الملك جعل دلالة على الملك حكماً لأن الأملاك لا تعرف إلا بها، ولهذا قالوا: من رأى عيناً في يد إنسان لا يحل له أن يشهد بالملك بمجرد اليد، ولو رآه يتصرف فيه تصرف الملاك حل له أن يشهد بالملك

يد غيره بعد **جاز له أن يشهد للأوّل بالملك إذا ادّعاه بناء على يده**، والثاني: أن يعاين الملك دون المالك بأن عاين ملكاً بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب إليه الملك وادّعى أن المحدود ملكه على شخص **حل له أن يشهد استحساناً** لأن النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوماً بالتسامع، والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا لضاع حقوق الناس لأن فيهم المحجوب ومن لا يبرز أصلاً ولا يتصوّر أن يراه متصرفاً فيه، وليس هذا إثبات الملك بالتسامع وإنما هو إثبات النسب بالتسامع وفي ضمنه إثبات الملك به وهو لا يمتنع وإنما يمتنع إثباته قصداً، والثالث: أن لا يعاين الملك ولا المالك ولكن سمع من الناس أنهم قالوا: لفلان بن فلان ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك، والرابع: أن يعاين المالك دون الملك بأن عرف الرجل معرفة تامة وسمع أن له في قرية كذا ضيعة، وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد لأنه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة على ما بينا، وقوله: سوى الرقيق إشارة إلى أنه لا يجوز له أن يشهد في الرقيق إذا رآه في يده لأن للرقيق يداً على نفسه حتى إذا ادّعى أنه حر الأصل كان القول قوله فلا يثبت لغيره عليه يد على الحقيقة حتى يعتبر لإطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن أن يعتبر فيه التصرف، وهو الاستخدام لإطلاق الشهادة لأن الحر أيضاً يستخدم طائعاً كالعبد فلا يصلح دليلاً على الملك، وفي الكافي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه أنه يجوز له أن يشهد في الرقيق أيضاً، وفي الهداية: جعل ذلك عن أبي حنيفة رحمه اللّه ووجهه أن اليد دليل الملك مطلقاً، ألا ترى أن من ادّعى رقيقاً في يد غيره وذو اليد / يدعيه لنفسه كان القول لذي اليد لأن الظاهر شاهد له بالملك وهو قيام يده عليه، هذا إذا كان الرقيق مميزاً يعبر عن نفسه ولم يعرف بالرق وإن كان لا يعبر عن نفسه أو كان معروفاً بالرق جاز له أن الشهادة بالملك إذا رآه في يده لأن الرقيق أو الصغير الذي لا يعبر عن نفسه يكون في يد غيره، إذ لا يد له على نفسه فصار كسائر الأموال. [٢١٦ ب/٢]

قال رحمه اللّه: **(وإن فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا تقبل)** أي: فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع في موضع يجوز له الشهادة بالتسامع أو فسر أنه

لهذا اهـ **قوله: (جاز له أن يشهد للأول بالملك إذا ادّعاه بناء على يده)** وظهر أن المراد بالملك المملوك اهـ فتح. **قوله: (حل له أن يشهد استحساناً)** والقياس أن لايجوز لأن الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له اهـ فتح. **قوله: (لا يحل له أن يشهد**

يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لأن التسامع أو الرؤية في اليد مجوّز للشهادة بالملك والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة إذا كانت عن عيان ومشاهدة أو إطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل عليه، أما إذا كانت عن تسامع أو رؤية في يده فلا يزيده علماً فلا يجوز له أن يحكم بها، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه في يد إنسان، فأولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤية غيره، وهذا لأن القضاء يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب لا يجب فكذا ينبغي أن لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به، إلا أنا استحسنا في المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس.

قال رحمه اللّه: (وإن شهد أنه حضر دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبل) لأنه لم يشهد إلا بما علم فوجب قبولها لدخوله تحت قوله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ [الزخرف:٨٦] وقال تعالى: ﴿وما شهدنا إلا بما علمنا﴾ [يوسف:٨١] واللّه أعلم.

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال رحمه اللّه: (ولا تقبل شهادة الأعمى) وقال زفر رحمه اللّه: تقبل فيما

إلخ) لأنه مجازف في هذه الشهادة اهـ فتح. **قوله في المتن: (وإن فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا تقبل)** قال قاضيخان في فتاواه: ولو شهدوا بالملك وقالوا: شهدنا لأنا رأيناه في يده لا تقبل شهادتهم اهـ

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما ذكر ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع، إلاأنه قدّم الأوّل لأن المحل شرط والشرط مقدّم كالطهارة في الصلاة اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال الكمال: وأخره لأن المحال شروط والشرط غير مقصود لذاته، والأصل أن التهمة تبطل الشهادة لقوله : «لا شهادة لمتهم»[1] والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة اهـ **قوله في المتن: (ولا تقبل شهادة الأعمى)** أي مطلقاً سواء عمي قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع أو لا تجوز اهـ فتح. وكتب ما

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (١٠/٢٠٢).

يجري فيه التسامع وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه يساوي البصير في السماع إذ لا خلل في سمعه، وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله: يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم والأداء يختص بالقول ولسانه صحيح فصيح والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت، وفيما بين ذلك لا خلل في حفظه ولم يفت في حقه إلا الإشارة وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة على الميت، وقال مالك: تقبل شهادته مطلقاً كالبصير ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما إلا بالنغمة فيخشى عليه التلقين من الخصم إذ النغمة تشبه النغمة وربما يشاركه غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة، وهذه الشبهة يمكن التحرز عنها بحبس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر، فصار كالحدود والقصاص بخلاف وطء امرأته حيث يجوز له

نصه قال الإتقاني: اعلم أن شهادة الأعمى لا تجوز عند أبي حنيفة سواء كان بصيراً عند تحمل الشهادة أعمى عند الأداء أو أعمى في الحالين، وقال أبو يوسف: إذا كان بصيراً عند التحمل أعمى عند الشهادة تقبل شهادته في غير الحدود والقصاص، وهو قول مالك والشافعي وابن أبي ليلى كذا ذكر الخلاف في المختصر والحصير، وكذا ذكر خلاف أبي يوسف في أدب القاضي وفي الأسرار، ولكن ذكر شمس الأئمة في شرح أدب القاضي خلاف أبي يوسف كذلك وذكر قول محمد مع أبي يوسف ولم يذكر القدوري خلاف أبي يوسف بل ذكر المسألة بلا خلاف كما ترى ولكن قال في الكتاب المسمى بالتقريب(١) قال أبو حنيفة ومحمد وزفر: إذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم عمي لم تقبل شهادته، وقال أبو يوسف: تقبل إلى هنا لفظ التقريب ثم قال فيه وقد ذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة وزفر جواز شهادة الأعمى في النسب، لأن ذلك مما يقع بالاستفاضة ولا يحتاج فيه إلى نظر ومعاينة، كذا في التقريب وقال في الأسرار: وعند زفر يجوز شهادة الأعمى فيما تجوز فيه الشهادة بالاستفاضة كالنسب والموت وبه قال الشافعي وهو رواية عن أبي حنيفة كذا في الأسرار (فرع لطيف) قال الولوالجي رحمه الله في أواخر الفصل الثالث من كتاب أدب القاضي ما نصه: ولو شهد ذمي على ذمي ولم ينفذ الحاكم الشهادة حتى أسلم المشهود عليه فالشهادة تبطل، لأن الشهادة إنما تصير حجة عند اتصال القضاء بها، وعند اتصال القضاء بها الشاهد كافر والمشهود عليه مسلم فلا تصير حجة وإن أسلم المشهود عليه بعد الحكم فالحكم ماض عليه ويؤخذ بالحقوق كلها إلا الحدود لأن الإمضاء في باب الحدود من القضاء فصار الإسلام قبل الإمضاء كالإسلام قبل القضاء، وكذا القصاص في

---

(١) هو في الفروع للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد القدوري الحنفي المتوفى سنة (٤٢٨هـ). انظر كشف الظنون (١/٤٦٦).

مع هذه الشبهة لأنه لا يمكن التحرز عنه وفيه ضرورة أيضاً لأنه يحتاج إلى اقتضاء الشهوة وبقاء النسل، ولأنه يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المرأة، **وكذا إذا عمي بعد الأداء قبل الحكم بها لأن قيام الأهلية شرط** وقت القضاء لتصير حجة فصار كما إذا خرس أو جن أو فسق أو ارتدّ والعياذ بالله تعالى بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا لأن الأهلية تنتهي بالموت وبالغيبة باقية على حالها.

قال رحمه الله: ﴿**والمملوك والصبي**﴾ لأن الشهادة من باب الولاية لما فيها من إلزام الغير وليس معنى الولاية سوى هذا والأصل ولاية/ المرء على نفسه ولا ولاية لهما على أنفسهما فأولى أن لا يكون لهما الولاية على الغير. [٢١٧أ/٢]

قال رحمه الله: ﴿إلا أن يتحملا في الرق والصغر وأدّيا بعد الحرية والبلوغ﴾ لأنهما أهل للتحمل لأن التحمل بالمشاهدة والسماع، ويبقى إلى وقت الأداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك، وعند الأداء هما أهل للشهادة.

قال رحمه الله: ﴿والمحدود في قذف وإن تاب﴾ لقوله تعالى: ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور:٤]، وقال الشافعي رحمه الله: تقبل

النفس وفيما دون النفس لا ينفذ القاضي استحساناً لما قلنا، وقد ذكر الولوالجي بعد هذا فوائد جمة فلتنظر ثمة اهـ قال الولوالجي قبيل الفصل الرابع من كتاب الشهادات: نصرانيان شهدا على نصراني بقطع يد أو قصاص ثم أسلم المشهود عليه بعد القضاء بطلت لأن الإمضاء من القضاء في العقوبات اهـ قوله: ﴿**وكذا إذا عمي بعد الأداء قبل الحكم بها لأن قيام الأهلية شرط إلخ**﴾ قال الإتقاني: اعلم أن الشاهد إذا عمي أو خرس بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها لم يجز الحكم بها عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، كذا ذكر الخصاف الخلاف في أدب القاضي وذكر قول الشافعي مع أبي يوسف في الأسرار، ووجه قول أبي يوسف أنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة فلا يمنع الحكم بها كما لو مات الشاهدان بعد أداء الشهادة أو غابا أو جنا أو عميا بعد الحكم بها اهـ وكتب ما نصه قال الكاكي رحمه الله في المبسوط: لا تجوز شهادة الأخرس لأن الأداء يختص بلفظ الشهادة بإجماع الفقهاء حتى لو قال: أنا أخبر أو أعلم أو أتيقن لا يقبل ولفظة الشهادة لا تتحقق من الأخرس وبه قال الشافعي في قول ومالك وأحمد وقال الشافعي في الأصح: تقبل شهادته إذا كان له إشارة مفهومة لأن إشارته حينئذٍ كترجمة لفظ الشهادة بلسان آخر وقلنا: في إشارته تهمة ويمكن التحرز عنها بحبس الشهود كما في الأعمى اهـ **قوله في المتن: ﴿والمملوك والصبي﴾** قال في الشامل في قسم المبسوط: شهد الصبي والعبد والكافر على مسلم فردت شهادتهم ثم شهدوا بعد البلوغ والعتق والإسلام تقبل لأن المردود ليس بشهادة والفاسق لو ردت شهادته ثم شهد بها بعد التوبة لا تقبل، لأن المردود شهادة

شهادته إذا تاب لقوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا﴾ [النور:٥]، والاستثناء إذا تعقب جملة بعضها معطوفة على بعض ينصرف إلى الكل كقول القائل: امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة إلا أن يدخل الدار فهو منصرف إلى جميع ما تقدم، ولأن هذا افتراء على عبد من عباد اللّه تعالى والافتراء على اللّه تعالى وهو كفر لا يوجب رد الشهادة على التأبيد بل إذا أسلم تقبل شهادته فهذا أولى ولأنه لو تاب قبل إقامة الحد عليه تقبل شهادته، ولا جائز أن تكون إقامة الحد عليه هي الموجبة لرد الشهادة لأنه فعل الغير به وهو مطهر أيضاً فلا يصلح مناطاً لرد الشهادة فتعين الرد لفسقه، ولنا ما تلونا ووجهه أن اللّه تعالى رد شهادته على التأبيد فمن قال: هو مؤقت إلى وجود التوبة يكون رداً لما اقتضاه النص فيكون مردوداً، والقياس على الكفر وغيره من الجرائم لا يجوز لأن القياس المخالف للنص لا يصح، ولأن ردّ الشهادة معطوف على الجملة المتقدمة وهي حد فكذا هذا فصار من تمام الحد إذ العطف للاشتراك وتغايرهما بالأمر والنهي لا يمنع من ذلك كقولهم: اجلس ولا تتكلم فكان الكل جزاء جريمته، ولا نسلم أن الجملة الأخيرة معطوفة على ما قبلها لأن ما قبلها حدود، ولهذا أمر الأئمة به وقوله: ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور:٤]، ليس بحد وإنما هو إخبار عن وصف قام بالذات فلا يصلح حدّاً لأن الحدّ يقع بفعل الأئمة لا بوصف قائم بالذات فلا ينصرف الاستثناء إلى الجميع، ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به أحد فتبين بهذا أن الواو في قوله تعالى: ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور:٤]، واو نظم لا واو عطف فيكون منقطعاً عن الأول فينصرف الاستثناء إلى ما يليه ضرورة كقوله تعالى: ﴿والراسخون في العلم﴾ [النساء:١٦٢]، ألا ترى أنه لا يصلح جزاء لجريمته والجلد ورد الشهادة يصلحان جزاء لأن كل واحد منهما مؤلم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة فصار رد الشهادة قطعاً للآلة الجانية معنى وهي اللسان كقطع اليد حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد، والحد لا يرتفع بالتوبة فإذا لم تكن الواو للعطف لا ينصرف الاستثناء إلى الجميع بخلاف ما ذكر من المثال لأن الواو فيه للعطف، ألا ترى أن كلها جمل إنشائية فيتوقف كلها على آخرها حتى إذا وجد المغير في الأخير تغير الكل والقياس على الكفر وغيره ممتنع لفقد شرطه وهو أن لا يكون في الفرع

فيكون فيه نقض قضاء قد أمضي بالاجتهادكأحد الزوجين ردت شهادته ثم أعادها بعد الإبانة لا تقبل، ولو شهد المولى لعبده ثم أعادها بعد العتق كذلك، ولو شهد لمولاه بعد العتق وقد تحملها حال الرق جاز لما عرف إلى هنا لفظ الشامل اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال الولوالجي رحمه اللّه في أواخر الفصل الثالث من أدب القاضي: ولو كانت عند الذمي شهادة على المسلم فأسلم الذمي وشهد على المسلم جازت شهادته لأن الإسلام شرط

نص يمكن العمل به، وهنا نص على التأبيد فكيف يمكن القياس عليه ولا جائز أن يكون رد شهادته لفسقه لأن الثابت بالنص في خبر الفاسق هو التوقف بقوله تعالى: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾ [الحجرات:٦]، لا الرد ولأنه لو كان الرد لأجل فسقه للزم عطف العلة على حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا أن رد الشهادة **لأجل أنه حد** لا للفسق، ولهذا لو أقام أربعة بعدما حد على أنه زنى تقبل شهادته **بعد التوبة** في الصحيح لأنه بعد / إقامة البينة لا يحد فكذا لا ترد شهادته. [٢١٧ ب/٢]

قال رحمه اللّه: (**إلا أن يحدّ الكافر في قذف** ثم أسلم) فإنه تقبل شهداته بعد الإسلام لأن هذه شهادة استفادها بعد الحد بالإسلام فلم يلحقها رد لأن التي ردت غير هذه، ألا ترى أن المردودة لا تقبل على المسلم وهذه تقبل فبرد الأولى لا ترتد الثانية بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق حيث لم تقبل شهادته، لأنه لم يكن له شهادة على أحد وقت الجلد فلم يتم الرد إلا بعد الإعتاق في حقه فلا يتصور قبولها من غير إقامة البينة على المقذوف أنه زنى على ما مر، وهذا لأن الرد من تتمة الحد ففي الكافر تم في حال كفره وفي العبد لم يتم إلا بعد الحرية، ولو ضرب الذمي في حد القذف سوطاً فأسلم ثم ضرب الباقي بعد الإسلام تقبل شهادته، لأن رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الإسلام ليس بحد بل هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة، وعن أبي حنيفة رحمه اللّه تعالى أنه إذا ضرب السوط الأخير بعد الإسلام لا تقبل شهادته لأن الحكم إذا تعلق بعلة ذات أجزاء تعلق الحكم بالجزء الأخير لما عرف في موضعه، وعنه أنه إذا ضرب الأكثر بعد الإسلام لا تقبل شهادته وإن كان دون ذلك تقبل لأن للأكثر حكم الكل، وفي المبسوط: لا تسقط شهادة القاذف ما لم

لأهلية الأداء فيراعى وقت الأداء إذا وجد اهـ **قوله**: (**لأجل أنه حد إلخ**) شهادة المحدود في السرقة وغيرها من الجنايات سوى المحدود في القذف تقبل إذا تاب فرق بين هذا وبين شهادة المحدود في قذف إذا تاب حيث لا تقبل، والفرق أن رد الشهادة لهؤلاء كان لأجل الفسق، وبالتوبة يرتفع الفسق، أما شهادة المحدود في القذف إنما لا تقبل لأنه من تمام الحد وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة، فكذا ما هو من تمامه اهـ ولوالجي في أواخر الفصل الثالث من أدب القاضي. **قوله**: (**بعد التوبة**) زائد مفسد كذا بخط قارئ الهداية رحمه اللّه وقد شطب في نسخته على قوله بعد التوبة وقد شاهدته ثانياً في خط الشارح رحمه اللّه قال في الدراية ما نصه وفي المبسوط: والصحيح من المذهب عندنا أنه إذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد عليه تقبل شهادته اهـ وهو كما ترى يؤيد ما قاله قارئ الهداية اهـ **قوله في المتن**: (**إلا أن يحد الكافر في قذف**) اعلم أن الذمي إذا حدّ في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على أهل الذمة، ثم إذا أسلم جازت شهادته على أهل الذمة وعلى

يضرب تمام الحد لأن إقامة الحد مسقطة للشهادة والحد لا يتجزأ فما دونه لا يكون حداً بل يكون تعزيراً، وهو لا يسقط الشهادة وروي عنه أنها تسقط إذا أقيم عليه الأكثر، وروي عنه أنه إذا ضرب سوطاً سقطت شهادته وهي نظير مسألة إسلام الذمي في حالة الحد على ما بينا.

قال رحمه الله: (والولد لأبويه وجديه وعكسه وأحد الزوجين للآخر والسيد لعبده ومكاتبه) لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده **ولا الأجير لمن استأجره**»(١) ولأن المنافع بين هؤلاء متصلة ولهذا لا يجوز أداء بعضهم الزكاة إلى بعض فتكون شهادة لنفسه من وجه فلا تقبل، ولا فرق بين أن يكون على العبد دين أو لم يكن لأن له حقاً في ماله كيفما كان، والمراد بالأجير في الحديث التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا شهادة للقانع بأهل البيت»(٢) وأصل القنوع السؤال والمراد من يكون تبعاً للقوم كالخادم والأجير والتابع لأنه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وهو من القنوع لا من القناعة، **وقيل: المراد به الأجير مشاهرة لأنه أجير خاص** فيستوجب

أهل الإسلام جميعاً اهـ غاية. **قوله: (ولا الأجير لمن استأجره)** قال قاضيخان رحمه الله في فتاواه: إذا شهد الأجير لأستاذه بشيء اختلفت الروايات فيه ذكر في كتاب الكفالة أنه لا يجوز وذكر في الديات أجير القاتل إذا شهد على ولي القتيل بالعفو جازت شهادته وذكر الخصاف أن شهادة الأجير لأستاذه مردودة وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله قالوا: إن كان الأجير مشتركاً تجوز شهادته في الروايات كلها، وما ذكر في الديات محمول على هذا الوجه وإن كان أجير وحد مشاهرة أو مسانهة أو مياومة لا تقبل شهادته لأستاذه لا في تجارته ولا في شيء آخر، وما ذكر في الكفالة محمول على هذا، كذا ذكر الناطفي والإمام الصدر الشهيد، ووجهه ظاهر لأن أجير الواحد يستحق الأجر بمضي الزمان وإذا كان يستوجب الأجر لزمان أداء الشهادة كان متهما فيما شهد، أما الأجير المشترك فلا يستوجب الأجر إلا بالعمل الذي عقدت عليه الإجارة، فإذا لم يستوجب بشهادة أجراً انتفت التهمة عن شهادته، ولهذا جازت شهادة القابلة على الولادة عند شرطها وهو العدالة اهـ **قوله: (وقيل: المراد به الأجير مشاهرة لأنه أجير خاص)** قال في خلاصة الفتاوى: ولا تجوز شهادة الأجير لأستاذه أراد به التمليذ الخاص، والتلميذ الخاص الذي يأكل معه، وفي عياله وليس له أجرة معلومة، أما الأجير المشترك إذا شهد للمستأجر تقبل، وأما الأجير الواحد

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٨٢) وقال غريب.

(٢) أخرجه الترمذي في الشهادات (٢٢٩٨) وقال حديث غريب.

الأجر على منافعه، فإذا شهد له في مدة الإجارة يكون كأنه شهد له بأجر **ومالك رحمه الله يخالفنا** في قرابة الولاد هو يعتبرها بالشهادة عليهم، والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا في الزوجين فيقول: لا قرابة بينهما والزوجية قد تكون سبباً للتنافر والعداوة وقد تكون سبباً للميل والإيثار فصارت نظير الأخوة، ولهذا يجري القصاص بينهما والحبس بالدين **ولا معتبر بالمنفعة الثابتة ضمناً كما في الغريم إذا شهد لمديونه المفلس**، ولنا ما روينا من الحديث وما بينا من المعنى وهو أن المنافع بينهما متصلة ولهذا يعد أحدهما غنياً بغنى صاحبه، وقيل: هو المراد بقوله تعالى: ﴿ ووجدك عائلاً فأغنى ﴾ [الضحى:٨]، أي بمال خديجة فإذا كان هذا في الزوجين ففي الولاد أولى وروي أن الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما شهد لعلي مع **قنبر** / عند شريح بدرع له فقال [٢١٨/أ/٢] شريح لعلي: إئت بشاهد آخر فقال: مكان الحسن أو مكان قنبر فقال: لا بل مكان الحسن **فقال: أما سمعت** رسول الله ﷺ يقول للحسن والحسين: «هما سيدا شباب الجنة»(١) قال: سمعت لكن إئت بشاهد آخر القصة إلى آخرها وفيها أنه استحسنه وزاده في **الرزقة**، ومثل هذا لا يقدح في العدالة لأنه إنما لا يجوز لكونه شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة.

وهو الذي استأجر مياومة أو مشاهرة أو مسانهة بأجرة معلومة لا تقبل إلى هنا لفظ الخلاصة، وذلك لأن منافع الأجير الواحد مستحقة للمستأجر ولهذا لا يجوز له أن يؤاجر نفسه من آخر في تلك المدة، فلو جازت شهادته للمستأجر كانت شهادة بالأجر فلا تجوز وذلك لأن شهادته من جملة منافعه وهي مستحقة بالأجر، وهذا معنى قوله في المتن فيصير كالمستأجر عليها أي على الشهادة وقال الفقيه أبو الليث في كتاب العيون قال محمد: في رجل استأجر يوماً واحداً لم يكتب المحشي. **قوله: (ومالك رحمه الله يخالفنا)** قال الكاكي: ما وجدته في الكتب المشهورة لأصحاب مالك اهـ وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي: لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لأن لها حقاً في ماله لوجوب نفقتها فيه، وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة اهـ قاله الكاكي اهـ وبقولنا: قال مالك وأحمد اهـ **قوله: (ولا معتبر بالمنفعة الثانية ضمناً كما في الغريم إذا شهد لمديونه المفلس)** قال في فتاوى قاضيخان: وتجوز شهادة رب الدين لمديونه بما هو من جنس دينه، كذا ذكره في الوكالة والجامع، ولو شهد لمديونه بعد موته بمال لم تقبل شهادته لأن الدين لا يتعلق بمال المديون في حياته ويتعلق بعد وفاته اهـ **قوله: (قنبر)** قنبر عتيق لعلي كرم الله وجهه وهو بفتح القاف والباء وأما جد سيبويه فبضم القاف وفتح الباء فسيبويه هو عم عمرو بن عثمان بن قنبر اهـ **قوله: (قال أما سمعت)** أي قال علي اهـ وكتب ما نصه: وكان من رأي علي رضي الله عنه قبول

---

(١) أخرجه الترمذي في المناقب (٣٧٦٨)، وابن ماجه في المقدمة (١١٨)، وأحمد في مسنده (١٠٦١٦)، وكلهم من غير ذكر القصة.

قال رحمه اللّه: (والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما فيه، وهذا لأنه يصير شاهداً لنفسه في البعض، وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة فإذا بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه أيضاً لأنها شهادة واحدة فلا تتجزأ، ولو شهد له بما ليس من شركتها تقبل لانتفاء التهمة قال في النهاية: هذا في حق الشريكين شركة عنان ظاهر، **وأما شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل إلا في الحدود** والقصاص والنكاح لأن ما عداها مشترك بينهما وهذا سهو فإنه لا يدخل في الشركة إلا الدراهم والدنانير **ولا يدخل فيه العقار ولا العروض**، ولهذا قالوا: لو وهب لأحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لأن المساواة فيه ليست بشرط.

قال رحمه اللّه: (والمخنث) أي لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه لين وتكسر، ومراده إذا كان يتعمد ذلك تشبهاً بالنساء وفي عرف الناس هو الذي يباشر الرديء من الأفعال ويلين كلامه عمداً كل ذلك معصية فلا تقبل شهادته لقوله عليه الصلاة والسلام: «لعن اللّه المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء»[١] وأما إذا كان في كلامه لين في أعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشيء من الأفعال الردية فهو عدل مقبول الشهادة.

قال رحمه اللّه: (والنائحة والمغنية) **لأنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن الصوتين الأحمقين المغنية والنائحة»**[٢] أطلقه في حق المرأة ولم يقيده بكونها تغني للناس

شهادة الولد لوالده اهـ **قوله**: **(الرزقة)** قال الصغاني في مجمع البحرين[٣]: والرزقة بالفتح المرة الواحدة والجمع الرزقات وهي أطماع الجند وارتزق الجند أي أخذوا أرزاقهم اهـ **قوله**: وهي أطماع الجند قال في مجمع البحرين في باب العين والطمع رزق الجند ويقال: أمر لهم الأمير بأطماعهم أي بأرزاقهم اهـ **قوله**: **(وأما شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل إلا في الحدود إلخ)** قال الإتقاني: قال في الشامل في قسم المبسوط: ولا تقبل شهادة الشريك المفاوض وإن كان عدلاً فيما خلا الحدود والقصاص وغير المفاوض أيضاً في تجارته اهـ وهو موافق لما نقله الشارح عن النهاية اهـ **قوله**: **(ولا يدخل فيه العقار ولا العروض)** قلت: قد قال فيها: هو مشترك ويجوز أن يكون بينهما عروض وعقار اشتريا من مال الشركة اهـ كذا نقلته من خط قارئ الهداية اهـ **قوله في المتن**: **(والنائحة)** ليس بثابت في خط الشارح رحمه

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٢ / ٣٧٥).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣٩١٨).

(٣) هو في اللغة للإمام حسن بن محمد الصغاني المتوفى سنة (٦٥٠هـ). انظر كشف الظنون (١٥٩٩/٢).

وقيده به في حق الرجل، لأن نفس رفع الصوت حرام في حقها بخلاف الرجل على ما نبين، قالوا: المراد بالنائحة هي التي تنوح في مصيبة غيرها لأنها ترتكب المحظورات لأجل الطمع في المال وتجعله مكسبة، أما التي تنوح في مصيبتهما فلا تسقط عدالتها.

قال رحمه الله: **(والعدوّ إن كانت عداوته دنيوية)** لأن المعاداة لأجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه، أما إذا كانت العداوة دينية فتقبل شهادته لأنها من التدين فتدل على قوّة دينه وعدالته، وهذا لأن المعاداة قد تكون واجبة بأن رأى فيه منكراً شرعاً، ولم ينته بنهيه، والذي يوضح لك هذا المعنى أن المسلمين مجمعون على قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة بينهما فلو كانت مانعة لما قبلت.

قال رحمه الله: **(ومدمن الشرب على اللهو)** أي مداوم شرب الخمر لأجل اللهو لأن شربها كبيرة، وفي الكافي قال: إنما شرط الإدمان ليكون ذلك ظاهراً منه فإن من

الله وهو ثابت في نسخ المتن اهـ **قوله: (لأنه ﷺ نهى عن الصوتين الأحمقين المغنية والنائحة)** وصف الصوت بصفة صاحبه اعلم أن التغني للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف، والنوح كذلك خصوصاً إذا كان من المرأة لأن رفع الصوت منها حرام بلا خلاف وفي الذخيرة ولم يرد بالنائحة التي تنوح في مصيبتها، وإنما أراد التي تنوح في مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة اهـ **قوله في المتن: (والعدوّ إن كانت عداوته دنيوية)** قال في خزانة المفتين[1]: ولا شهادة العدّو إن كانت العداوة بسبب الدنيا وتقبل إن كانت بسبب الدين (اخ) والعدوّ من يفرح بحزنه ويحزن بفرحه وقيل: يعرف بالعرف اهـ وكتب ما نصه قال الماوردي في الأحكام السلطانية[2]: ويشهد لعدوّه ولا يشهد عليه ويحكم لعدوّه ويحكم عليه لأن أسباب الحكم ظاهرة، وأسباب الشهادة خافية فانتفت التهمة عنه في الحكم وتوجهت عليه في الشهادة اهـ (فرع) ولا تقبل شهادة المجازف في كلامه، وحكي أن الفضل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند أبي يوسف فرد شهادته فشكاه إلى الخليفة فقال الخليفة: إن وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لأني سمعته يوماً قال للخليفة: أنا عبدك فإن كان صادقاً فلا شهادة للعبد، وإن كان كاذباً فكذلك أيضاً لأنه إذا لم يبال في مجلسك بالكذب فلا يبالي في مجلسي أيضاً فعذره الخليفة اهـ كاكي. ستأتي هذه الحكاية في كلام الشارح عند قوله: والعمال. **قوله في المتن: (ومدمن الشرب على اللهو)** قال الإتقاني

---

(١) هو في الفروع للشيخ الإمام حسين بن محمد السميكاني الحنفي صاحب الشافي في شرح الوافي. انظر كشف الظنون (١/ ٧٠٣).

(٢) هو للشيخ الإمام أبي الحسن علي بن محمد الماوردي الشافعي المتوفى سنة (٤٥٠هـ). انظر كشف الظنون (١/ ١٩).

شرب الخمر سراً ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من أن يكون عدلاً وإن شربها كثيراً وإنما تسقط عدالته إذا كان يظهر ذلك منه، أو يخرج سكران فيلعب به الصبيان فإنه لا مروءة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة، وقال في النهاية: إطلاق الشرب على اللهو في حق المشروب **ليتناول** جميع الأشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فإن الإدمان شرط في الخمر أيضاً في حق سقوط العدالة، وذكر في فتاوى قاضيخان/ [٢١٨ ب/٢] لا تقبل [شهادة][١] مدمن الخمر ولا مدمن السكر لأنه كبيرة، ثم ذكر مثل ما ذكر في الكافي وذكر في النهاية معزياً إلى الذخيرة لا تجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال: شرط الإدمان ولم يرد به الإدمان في الشرب وإنما أراد به الإدمان في النية يعني يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجده، ولا تجوز شهادة مدمن السكر وأراد به السكر بسائر الأشربة سوى الخمر لأن المحرم في سائر الأشربة السكر فشرط الإدمان على السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب فشرط الإدمان على الشرب، **وكذلك من يجلس مجالس الفجور** والشرب لا تقبل شهادته وإن لم يشرب لأنه تشبه بهم ولم يحترز أن يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور.

قال رحمه الله: (ومن يلعب بالطنبور) لأنه من اللهو ويقال: بالطيور وهو أيضاً

رحمه الله: ونقل الناصحي في تهذيب أدب القاضي[٢] عن الخصاف فقال: ولا تقبل شهادة قطاع الطريق واللصوص وأصحاب الفجور بالنساء، ومن يعمل عمل قوم لوط ومن يشرب الخمر ومن يسكر من النبيذ لأن هؤلاء فساق، ولم يشترط الخصاف في شرب الخمر الإدمان كما ترى ووجهه أن نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة، وشرط شهادات الإدمان فقال: ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ومدمن السكر وفائدته أنه إذا شرب في السر لا تسقط عدالته، قال صاحب الأجناس: وهذا شرط صحيح لأنه متى دام عليه فهو مقيم على معصية وإن لم يدم عليه فهو تائب نادم اهـ وكتب ما نصه قال الشيخ أبو نصر الأقطع رحمه الله: فأما من أدمن الشراب على غير لهو ولم يسكر وهو لا يعتقد تحليله فشهادته مقبولة لأنه لم يوجد منه ما يوجب الفسق ولا يترك المروءة اهـ وكتب أيضاً ما نصه قال الخبازي في حواشي الهداية: وإنما أراد به غير شارب الخمر لأن شارب الخمر مردود الشهادة على كل حال فلا حاجة إلى إبطال شهادته إلى شربها على اللهو اهـ **قوله**: (**ليتناول**) الذي بخط الشارح لسياق جميع الأشربة اهـ **قوله**: (**وكذلك من يجلس مجالس الفجور إلخ**) وقال الناصحي أيضاً: ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) هو للإمام عبد الله بن الحسين أبو محمد الناصحي القاضي المتوفى سنة (٤٤٧هـ)، انظر الفوائد البهية (١٠٣).

مثله ويورث الغفلة أيضاً وقد قال عليه الصلاة والسلام: «**ما أنا من دَدٍ ولا الدد مني**»[1] ولأن الغالب فيه أن يصعد إلى السطوح ليطير طيره فينظر إلى عورات النساء وهو فسق **ولو كان يقتني الحمام في بيته** ليستأنس به لا ليطير فلا بأس به، ولا تسقط عدالته بمثله لأن إمساك الحمام في البيوت مباح، ألا ترى أن الناس يتخذون بروجاً للحمام من غير نكير إلا إذا كانت تجر حمامات أخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فيأكل ويبيع منه، لأنه ملك الغير فلا يحل له ذلك وتسقط عدالته بذلك.

قال رحمه اللّه: (أو يغني للناس) لأنه يجمع الناس على لهو ولعب ولا يخلو عادة من ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب وقيده بكونه يغني للناس أي يسمعهم لأنه لو كان لإسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير أن يسمع غيره لا بأس به ولا تسقط عدالته في الصحيح، **لما روي أن البراء بن مالك دخل عليه أخوه أنس بن مالك وهو يغني** والبراء بن مالك كان من زهاد الصحابة رضي اللّه تعالى عنهم، وإن أنشد شعراً فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق، وإن كان فيه ذكر امرأة معينة فإن كانت ميتة أو كان فيه ذكر امرأة غير معينة فلا بأس به، وإن كانت معينة وهي حية يكره، ومن المشايخ من أجاز الغناء في العرس، ألا ترى أنه لا بأس بضرب الدف فيه إعلاناً للنكاح، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «أعلنوا النكاح ولو بالدف»[2] ومن مشايخنا من قال: إذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا بأس به، ومن المشايخ من كرهه مطلقاً، ومن المشايخ من أباحه مطلقاً ونحن بينا الصحيح من الأقاويل بحمد اللّه تعالى وكرمه.

قال رحمه اللّه: (أو يرتكب ما يوجب الحد) لأنه من الكبائر ومن يرتكبها لا

على الشرب وإن لم يسكر لأن اختلاطه بهم وتركه الأمر بالمعروف يوجب سقوط عدالته، وإن لم يكن نفس الجلوس فسقاً فلا تقبل شهادته اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقد قال ﷺ: «ما أنا من ددولا الدد مني»**) الدد اللهو واللعب وهي محذوفة اللام وقد استعملت متممة ددي كندي وددن كبدن ولا يخلو المحذوف أن يكون ياء كقولهم: يد في يدي أو نوناً كقولهم: لد في لدن ومعنى تنكير الدد الشياع والاستغراق وأن لا يبقى منه شيء إلا وهو منزه عنه، أي ما أنا في شيء من اللهو واللعب وتعريفه في الجملة الثانية لأنه صار معهوداً بالذكر كأنه قال: ولا ذلك النوع مني، وإنما لم يقبل ولا هو مني لأن الصريح آكد وأبلغ اهـ ابن الأثير رحمه اللّه. **قوله**: (**ولو كان يقتني الحمام في بيته إلخ**) أو لحمل الكتب كما في ديار مصر والشام اهـ قارئ الهداية. **قوله**: (**لما روي أن البراء بن مالك دخل عليه أخوه أنس بن مالك وهو**

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (١٠ / ٢١٧)، والطبراني في المعجم الكبير (١٩ / ٣٤٣).
(٢) أخرج البيهقي بنحوه في سننه (٧ / ٢٩٠) بلفظ «كان يكره نكاح السر حتى يضرب بالدف».

يبالي بالكذب، وكل من يرتكب الكبائر تردّ شهادته، واختلفوا في الكبيرة فقال أهل الحجاز وأهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث المشهور، وهي الإشراك بالله، والفرار من الزحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير حق، وبهت المؤمن، والزنا وشرب الخمر، وزاد بعضهم عليها أكل الربا وأكل مال اليتيم بغير حق، وقال بعضهم: ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به فهي كبيرة، وقال بعضهم: ما فيه حدّ أو قتل فهو كبيرة، وقيل: كل ما أصر عليه المرء فهو كبيرة، وما استغفر عنه فهو صغيرة، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا صغيرة مع الإصرار ولا كبيرة مع الاستغفار»[١]. وقال بعضهم: كل ما كان عمداً فهو كبيرة، **والأوجه ما ذكره المتكلمون** أن الكبيرة والصغيرة اسمان إضافيان لا يعرفان بذاتهما وإنما/ يعرفان بالإضافة فكل ذنب إذا نسبته إلى ما [٢١٩/أ ٢] دونه فهو كبيرة، وإذا نسبته إلى ما فوقه فهو صغيرة، وقال بعضهم: كل معصية أوعد عليها في القرآن أو في الحديث المشهور تمنع قبول الشهادة لأن شاهد الزور موعود عليه فمن يرتكب مثله من الذنوب يرتكبه فصلح دليلاً على ارتكابه الكذب، لأن من ارتكب شيئاً من المحرمات ارتكب نظيره عادة، وقيل: إذا ارتكب ما يكون شنيعاً عادة فليس بعدل، وقيل: ما كان حراماً لعينه فكبيرة وإلا فصغيرة، وقيل: ما سمي في الشرع فاحشة فكبيرة.

قال رحمه الله: **(أو يدخل الحمام بغير إزار) لأن كشف العورة حرام**، وقال عليه الصلاة والسلام: «لعن الله الناظر والمنظور»[٢] ورأى أبو حنيفة رحمه الله رجلاً في الحمام بغير إزار فقال:

ألا أيها الناس خافوا إلهكم ولا تدخلوا الحمام **من غير مئزر**

وذكر الكرخي أن من يمشي في الطريق بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لأنه تارك للمروءة.

يغني) وكان البراء بن مالك حسن الصوت اهـ الإصابة. **قوله: (والأوجه ما ذكره المتكلمون إلخ)** قال في الدراية: وقيل: أصح ما فيه ما نقل عن الحلواني ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين فهو كبيرة، وكذا الإعانة على المعاصي والفجور والحث عليها من جملة الكبائر كذا الذخيرة والمحيط اهـ **قوله في المتن: (أو يدخل الحمام إلخ)** قال قاضيخان: ولا شهادة من يدخل الحمام بغير إزار إذا لم يعرف رجوعه عن ذلك اهـ **قوله: (لأن كشف العورة حرام)** أي: ومرتكب الحرام فاسق فلا تقبل شهادته اهـ إتقاني. **قوله: (في الشرح من غير مئزر)** الذي سمعته من شيخي العلامة الغزي رحمه الله إلا بمئزر اهـ **قوله:**

---

(١) ذكره القضاعي في مسند الشهاب (٢/ ٢٠٤).

(٢) ذكره ابن الأثير في الكامل (١/ ٣٢٩).

قال رحمه اللّه: (أو يأكل الربا) لأنه من الكبائر، **وشرط في الأصل أن يكون مشهوراً به** وذلك بالإدمان لأنه لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف أكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الإدمان، لأن التحرز عنه ممكن ولأنه لم يدخل في ملكه، وفي الربا يدخل فيشترط فيه الإدمان.

قال رحمه اللّه: (أو يقامر بالنرد والشطرنج أو تفوته الصلاة بسببهما) لأن كل ذلك فسق، وكذا إذا كان يكثر عليه الحلف كاذباً لأن كل ذلك من الكبائر، وقالوا: في النرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا غيره لأن نفس اللعب فيه فسق، **وقال عليه الصلاة والسلام**: «**ملعون من يلعب بالنرد**» ومن يكون ملعوناً كيف يكون عدلاً بخلاف الشطرنج لأن للاجتهاد فيه مساغاً **فلا ترد شهادته ما لم ينضم إليه أحد المعاني الثلاثة** التي ذكرناها آنفاً.

قال رحمه اللّه: (**أو يبول أو يأكل على الطريق** أو يظهر سب السلف) يعني الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون والعلماء كأبي حنيفة وأصحابه لأن هذه الأشياء تدل على قصور عقله وقلة مروءته، ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة، بخلاف ما إذا كان يخفي السب، **وكذا لا تقبل شهادة من يأكل** في

(**وشرط في الأصل أن يكون مشهوراً به**) لأنه إذا لم يكن مشهوراً به فطريقه التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بتهمة معصية لم تتحقق اهـ غاية. (فرع) قال الناصحي في تهذيب أدب القاضي حكي عن أبي الحسن أن شيخاً لو صارع الأحداث في الجامع لم تقبل شهادته، لأن هذا سخف وإن لم يحكم بفسقه لذلك اهـ إتقاني رحمه اللّه. (فرع) ولا تقبل شهادة الطفيلي والمشعوذ والرقاص والمسخرة بلا خلاف اهـ معراج الدراية. **قوله**: (**وقال عليه الصلاة والسلام**: «**وملعون من يلعب بالنرد**») وهو حرام بالإجماع اهـ قارئ الهداية. **قوله**: (**فلا ترد شهادته ما لم ينضم إليه أحد المعاني الثلاثة**) قال الإتقاني: أما إذا لم يوجد أحد هذه ولعب بالشطرنج وحافظ على الصلاة في وقتها ولم يقامر على ذلك، ولم يحلف بالكذب فإنه لا تسقط شهادته، وذلك لأن العلماء اختلفوا في حرمة اللعب بالشطرنج وإباحته عند انعدام هذه المعاني فعلى قول مالك والشافعي يحل كذا نقل مذهبهما شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي في باب المسألة عن الشهود، ولأن الناس لا يعدونه من الكبائر ولا يستخفون صاحبه فلا ترد شهادته اهـ **قوله في المتن**: (**أو يبول أو يأكل على الطريق**) أي بمرأى الناس لأنه تارك للمروءة اهـ قارئ الهداية. **قوله**: (**وكذا لا تقبل شهادة من يأكل إلخ**) والذي وجدته بخط شيخنا مكتوباً بعد يأكل أو يشرب اهـ وكتب ما نصه **قوله**: (**وكذا لا تقبل شهادة إلخ**) قال الكاكي: لأنه لا يفعل ذلك من كان له مروءة وكل فعل فيه ترك المروءة يوجب سقوط شهادته بلا خلاف بين الأئمة الأربعة حتى لو مشى في السوق أو في مجامع

السوق بين أيدي الناس لما ذكرنا، وقال بعض المشايخ: لا تقبل شهادة أهل الحرف لكثرة الأيمان الفاجرة منهم، وأكثرهم على أنها تقبل شهادة من عرف منهم بالعدالة ولا تقبل ممن يكثر شتم أهله ولا ممن يشتم الناس.

قال رحمه اللّه: (**وتقبل لأخيه وعمه** وأبويه رضاعاً وأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه) لأن الأملاك بينهم متميزة، والأيدي متحيزة ولا سطوة لبعضهم في مال البعض فلا تتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولاداً أو أحد الزوجين للآخر على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (**وأهل الأهواء إلا الخطابية**) وقال الشافعي رحمه اللّه: لا تقبل شهادة أهل الأهواء لأنهم فسقة إذ الفسق من حيث الاعتقاد أغلظ من الفسق من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق، ولنا أن الفاسق إنما ترد شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك بل ما أوقعه فيه إلا تدينه، ألا ترى أن فيهم من يكفر بالذنب وفيهم من يجعل/ منزلته بين الإيمان والكفر فيكون هو أقوى [٢١٩ب/٢] اجتناباً عن الكذب حذراً عن الخروج من الدين، ولأنه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب فوجب قبول شهادته قياساً على غير صاحب الهوى، وهواه عن تأويل وتدين فلا تبطل عدالته به كمن يستبيح المثلث أو متروك التسمية، واستدل محمد رحمه اللّه على قبول شهادته فقال: أرأيت أن أصحاب رسول اللّه ﷺ ساعدوا معاوية على مخالفة علي رضي اللّه عنه ولو شهدوا بين يدي علي أكان يردّ شهادتهم ومخالفة علي بعد عثمان بدعة وهواء فكيف الخروج عليه بالسيف، ولكن لما كان عنده تأويل وتدين لم يمنع قبول شهادته، وشرط في الذخيرة لقبول شهادته أن يكون هوى لا يكفر به صاحبه، وفي النهاية أن أصول أهل الهوى ستة: الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل، ثم كل واحد يصير اثنتي عشرة فرقة، والخطابية قوم من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب محمد بن وهب الأجدع يستجيزون أن يشهدوا للمدّعي إذا حلف عندهم أنه محق، ويقولون: المسلم لا يحلف كاذباً فباعتقادهم هذا تمكنت

الناس بسراويل واحد لا تقبل شهادته، وكذا من يمد رجليه عند الناس أو يكشف رأسه في موضع لا عادة فيه مما يجتنبه أهل المروءات. **قوله في المتن**: (**وتقبل لأخيه وعمه إلخ**) وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] فيعمل بعمومه إلا ما ورد التخصيص بالدليل اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وأهل الأهواء**) قال الإتقاني: أراد بأهل الأهواء أصحاب البدع كالخارجي والرافضي الجبري والقدري والمشبه والمعطل ويسمى أهل البدع أهل الأهواء لميلهم إلى محبوب أنفسهم بلا دليل شرعي أو عقلي، فالهوى محبوب النفس من هوي الشيء إذا أحبه وقد مر في التبيين في باب أقسام السنة اهـ **قوله**:

شبهة في شهادتهم فلعله أقدم على الشهادة بهذا الطريق، وقيل: إنهم يعتقدون أن من ادّعى منهم شيئاً على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته، وذكر الأقطع أنهم قوم ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه **بالكنائس** لأنه كان يزعم أن علي بن أبي طالب الإله الأكبر وجعفراً الصادق الإله الأصغر.

قال رحمه الله: (**والذمي على مثله**) وقال الشافعي رحمه الله ومالك: لا تقبل شهادة الذمي على ذمي مثله ولا على الحربي لأنهم فسقة **بين الله تعالى فسقهم في آيات من القرآن** وهو أغلظ من الفسق تعاطياً فكان أولى برد شهادته، ولأن الله تعالى قال: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة:٢٨٢] والكفار غير مرضي، ولأن شهادة الرقيق تردّ لما أن الرق أثر الكفر فكيف تقبل شهادة من به حقيقة الكفر، ولأن قبول شهادته يؤدّي إلى إلزام الحاكم القضاء بشهادته، ولا يجوز أن يلزم المسلم بشهادة الكافر، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالإجماع كي لا يلزمه شيء يتضرر به بشهادة الكافر، ولأنهم لا يجتنبون الكذب فإن الله تعالى أخبر عنهم أنهم ينكرون الآيات عناداً مع علمهم بأنه حق، قال الله تعالى: ﴿وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلواً﴾ [النحل:١٤]، فكان ذلك كذباً منهم، والكذاب لا تقبل شهادته فلم يكن أهلاً لها كالمرتد، ولأنه ليس بأهل للشهادة على المسلم، فكذا على الكافر كالعبد لأن من كان أهلاً لها لا يختلف بين شخص وشخص، وقال ابن أبي ليلى: إن اتفقت ملتهم تقبل شهادة بعضهم على بعض **وإن اختلفت لا تقبل** لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا شهادة لأهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمون فإن شهادتهم مقبولة

(**بالكنائس**) كذا هو في نسخ هذا الشرح وتبعه على ذلك الكمال والذي في شرح الهداية للإتقاني نقلاً عن شرح الأقطع وصلبه بالكناسة اهـ قال في معجم البلدان لياقوت: الكناسة بالضم محلة بالكوفة ولم يذكر ياقوت[1] الكنائس وقد وقفت على نسخة من شرح الأقطع معتمدة بخط شيخنا العلامة قاضي القضاة الغزي رحمه الله ونصها فهم يعني الخطابية قوم ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة اهـ **قوله في المتن**: (**وعلى مثله**) اتفقت ملتهما أو اختلفت اهـ **قوله**: (**بين الله تعالى فسقهم في آيات من القرآن**) منها قوله: في سورة النور ﴿ومن كفر بعد ذلك فأولئك هم الفاسقون﴾ [النور: ٥٥] ولا تقبل شهادة الفاسق لقوله تعالى: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾ [الحجرات:٦] اهـ **قوله**: (**وإن اختلفت لا تقبل**) كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه اهـ كمال. **قوله**:

---

(١) هو للشيخ أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي المتوفى سنة ٦٢٦هـ). انظر كشف الظنون (٢/١٧٣٣).

على أهل الملل كلهم»[١]. ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام: «رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما بالزنا»[٢] وعن أبي موسى الأشعري وجابر بن عبد الله أنه عليه الصلاة والسلام «أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض»[٣] وعليه إجماع السلف. وقوله تعالى: ﴿أو آخران من غيركم﴾ [المائدة:١٠٦] أي من غير أهل دينكم وهو مبني على قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا﴾ [المائدة:١٠٦]، فهذا نص على أن شهادة الكافر/ مقبولة في وصية المسلم، وفي وصية الكافر أولى ثم انتساخه في حق المسلم [٢٢٠/١ ٢/١] لأجل أن ولايتهم على المسلمين انتسخت لا يدل على انتساخه في حق الكافر لبقاء ولاية بعضهم على بعض لقوله تعالى: ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ [الأنفال:٧٣]، والمراد به الولاية دون الموالاة لأنه معطوف على قوله تعالى: ﴿مالكم من ولايتهم من شيء﴾ [الأنفال:٧٢]، فإذا بقيت ولاية بعضهم على بعض بقيت الشهادة أيضاً لأنها نوع ولاية لما فيها من إلزام الغير، فدل ذلك على أن الآية غير منسوخة في حقهم، وكيف يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة في حق المسلمين أيضاً فإن أبا موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه «أمضى شهادة الكافرين في وصية المسلم»[٤] فيما رواه أبو داود والدارقطني. وقالت عائشة رضي الله تعالى عنها لجبير بن نفير «هل تقرأ سورة المائدة قال: نعم قالت: فإنها آخر سورة أنزلت فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرّموه»[٥] رواه أحمد، فهذا يدلك على أنها ليست بمنسوخة في حق المسلم أيضاً، والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لأنه يمتنع عن محظور دينه أشدّ الامتناع والكذب محظور في الأديان كلها والرضا ثبت في حق الكافر في حق المعاملات بصفة الأمانة لأن الله تعالى وصفهم بذلك فقال: ﴿ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤدّه إليك﴾ [آل عمران:٧٥]، فخرجت الآية مخرج الوصف لهم بالأمانة، والأمانة مرضية وإن لم يكن

(ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين إلخ) قال الإتقاني: ولنا ما حدث الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى عامر الشعبي عن جابر عن عبد الله أن اليهود جاؤوا إلى رسول الله ﷺ برجل وامرأة منهم زنيا «فقال لهم رسول الله ﷺ أئتوني بأربعة منكم يشهدون».

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/١٦٣) بلفظ «ملة محمد»، والدارقطني في سننه (٤/٦٩) بنحوه.

(٢) أخرجه ابن ماجة في كتاب الحدود (٢٥٥٦)، وأحمد في مسنده (٤٦٥٢).

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٨٥) وقال غريب.

(٤) أخرجه أبو داود في الأقضية (٣٦٠٥)، والدارقطني في سننه (٤/١٦٦).

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (٢٥٠٢٠).

الكافر مرضياً لكفره، ولما كان مؤتمناً في المعاملات كان مؤتمناً في الشهادة لأنها من أداء الأمانة، والفرق بينه وبين العبد أن العبد ليس من أهل الولاية على أحد كالصبي والشهادة من باب الولاية والكافر أهل للولاية على جنسه فيكون أهلاً للشهادة أيضاً على جنسه، والقاضي لا يلزمه القضاء بقول الكافر وإنما لزمه بالتقليد عند قيام الحجة، والقضاء أمانة عنده فيجب عليه أداؤه كما يلزمه النظر للغيب والصغار منهم، ومن المسلمين من غير أن ينظر بأي سبب وجب لهم الحق وامتناعهم عن الكذب مشاهد والعناد والجحود الذي حكى اللّه تعالى عنهم في حق من كان في ذلك الزمان مع علمهم لا يوجب أن يكون من في عصرنا منهم أن يكون عالماً بالحق، بل الظاهر أنه يعتقد الكفر حقاً لجهله به، ولو علم لأسلم وقد كان في ذلك الزمان أيضاً من لا يعلم، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب إلا أماني﴾ [البقرة:٧٨]، وقال تعالى: ﴿وإن فريقاً منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون﴾ [البقرة:١٤٦]، وقولهم من كان أهلاً للشهادة لا يختلف بين شخص وشخص قلنا: إنما اختلفت شهادته بين المسلم والكافر لما ذكرنا، ومثل هذا غير منكر شرعاً، ألا ترى أن شهادة المسلم على عدوّه لا تقبل، وعلى غيره تقبل وكذا شهادته لقرابته ولاداً لا تقبل ولغيرهم تقبل فلا يبعد ردّ الشهادة بالنسبة إلى شخص للتهمة، فكذا هذا **والمرتد لا ولاية له على أحد** فلا تقبل شهادته على أحد كالعبد والصبي، وملل الكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم لأن بعضهم ليس في قهر بعض فلا يؤدّي إلى التقول عليه.

قال رحمه اللّه: (**والحربي على مثله لا على الذمي**) لأنه لا ولاية له على الذمي، وله ولاية على الحربي **والذمي أعلى حالاً منه لأنه من أهل دارنا** فجازت شهادته عليه ولا تجوز شهادة الحربي على الذمي **والحربي مثل الحربي** فتجوز شهادة أحدهما على

فعلم بذلك أن النبي ﷺ جوّز شهادتهم عليهم اهـ **قوله**: (**والمرتد لا ولاية له على أحد**) لأنه لا دين له يقر عليه اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**والحربي على مثله لا على الذمي**) قال في الهداية: لا تقبل شهادة الحربي على الذمي، قال الكمال: أراد به المستأمن لأنه لا يتصوّر غيره فإن الحربي لو دخل بلا أمان قهراً استرق ولا شهادة للعبد على أحد اهـ **قوله**: (**والذمي أعلى حالاً منه لأنه من أهل دارنا**) وقد قبل خلف الإسلام وهو الجزية حتى كان له وعليه مثل ما كان للمسلم وعليه اهـ إتقاني. فهو أقرب إلى الإسلام ولهذا يقتل المسلم بالذمي عندنا لا بالمستأمن اهـ كمال رحمه اللّه. **قوله**: (**والحربي مثل الحربي**) قال الإتقاني: وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض بشرط اتحاد الدار فإذا اختلفت فلا لارتفاع الولاية والعصمة **ولهذا** لا يجري التوارث عند اختلاف الدارين بخلاف أهل الذمة حيث تقبل شهادة

الآخر إلا إذا كانا من دارين مختلفين/ كالإفرنج والحبش لانقطاع الولاية بينهما، [٢٢٠ب/٢] ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع النصرة بينهما واستباحة كل واحد منهما دم الآخر وماله.

قال رحمه الله: (ومن ألمّ بصغيرة إن اجتنب الكبائر) أي: تقبل شهادة من عصى معصية صغيرة بشرط أن يجتنب الكبائر واللمم الصغيرة، **وألم إذا أذنب** ما دون الفواحش **وتقبل شهادته إذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسناته أغلب** من سيئاته، وقد مضى ذكر الكبائر والصغائر فبقي الكلام في العدالة، والأصل أن العدالة شرط لقبول

بعضهم على بعض، وإن كان هذا رومياً وذاك تركياً لأنهم لما قبلوا الجزية صاروا من أهل ديارنا وكانت دارهم متحدة حكماً، قال الناصحي في تهذيب أدب القاضي: فإن أسلم المشهود عليه قبل أن يقضي عليه بطلت الشهادة لأنا لو قضينا لقضينا الآن ولا يجوز أن يقضي بشهادة كافر على مسلم، وإذا عرض ما يمنع القضاء بالشهادة قبل القضاء لم يقض به، كما لو رجع الشهود قبل القضاء فإنه لا يقضي كذا هذا، وإن قضى عليه بشهادة الكافر ثم أسلم فالقضاء ماض ويؤخذ منه المال لأن الشهادة تمت بالقضاء فطريان ما يبطل الشهادة لا يبطل القضاء كما لو رجع الشهود بعد القضاء إلا في الحدود والقصاص في النفس، وفيما دون النفس فإني أدرأ ذلك عنه لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود، فإذا عرض مانع قبل الاستيفاء لم يستوف الحد والقصاص اهـ **قوله: (وألم إذا أذنب)** قال الإتقاني: ألم أي أتى اللمم وهو دون الكبيرة من الذنوب كذا في تهذيب الديوان اهـ **قوله: (وتقبل شهادته إذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسناته أغلب إلخ)** قال في الهداية: وإذا كانت الحسنات أغلب من السيئات، والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن ألم بمعصية، قال الكمال: هذا هو معنى المروي عن أبي يوسف في حد العدالة، وهو أحسن ما قيل، وفيه قصور حيث لم يتعرض لأمر المروءة، بل اقتصر على ما يتعلق بأمر المعاصي والمروي عن أبي يوسف هو قوله: أن لا يأتي بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه، ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة هكذا نقله عنه القاضي أبو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان[(١)] وزير المعتضد عن العدالة، فقال له: أحسن ما نقل في هذا الباب ما روي عن أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري القاضي ثم ذكر ذلك، وكان يكفيه أن يقول: ومروءته ظاهرة وقول المصنف فأما الإلمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة يريد الصغيرة، ولفظ الإلمام وألم اشتهر في الصغيرة، ومنه قول أبي خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة:

---

(١) هو عبيد الله بن سليمان بن وهب أبو القاسم وزير المعتضد المتوفى سنة (٢٨٨هـ). انظر سير أعلام النبلاء (١٣/ ٤٩٧).

الشهادة وهي الاستقامة يقال: طريق عدل للجادة والاستقامة بالإسلام واعتدال العقل ويعارض العقل هوى يضله ويصدّه عن الاستقامة، وليس لكمال الاستقامة حدّ يدرك مداه، ويكتفى لقبول الشهادة بأدناه كي لا يؤدي إلى تضييع الحقوق وأدناه رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة واختلفوا في ذلك فقيل: من ارتكب كبيرة أو أصر على صغيرة سقطت عدالته وصار متهماً بالكذب لظهور رجحان جهة الهوى على العقل، وأحسن ما قيل فيه ما نقل عن أبي يوسف رحمه اللّه: أن العدل في الشهادة أن يكون مجتنباً عن الكبائر، ولا يكون مصراً على الصغائر ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه، لأن الصغيرة تكون كبيرة بالإصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطأ والفساد فلم يوجد ما يدل عن الاجتناب عن الكذب، والإلمام من غير إصرار لا يقدح في العدالة إذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الأنبياء عليهم الصلاة والسلام فيؤدي اشتراط العصمة إلى سد باب الشهادة وهو مفتوح بقوله تعالى: ﴿وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس﴾ [البقرة:١٤٣] أي عدولاً، وقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف»(١).

إن تغفر اللّهم تغفر جما وأيّ عبد لك لا ألما

هكذا أورده القتبي عنه بسنده ونسبه الخطابي إلى أمية ونسبة صاحب الذخيرة إياه إلى النبي ﷺ غلط، ولا بأس بذكر أفراد نص عليها منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الإمام لا طعن عليه في دين ولا حال، وإن كان متأوّلاً في تركها كأن يكون معتقداً فضيلة أول الوقت، والإمام يؤخر الصلاة وغير ذلك لا تسقط عدالته بالترك، وكذا بترك الجمعة من غير عذر فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلواني، ومنهم من شرط ثلاث مرات والأوّل أوجه وذكر الإسبيجابي من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر، ولا بد من كونه من غير إرادة التقوّي على صوم الغد أو مؤانسة الضيف، وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الأمير عند قدومه ورد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه في النفقة في طريق مكة، كأنه رأى منه تضييقاً ومشاحة يشهد بالبخل، وذكر الخصاف أن ركوب البحر للتجارة أو التفرج يسقط العدالة وكذا التجارة إلى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لأنه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن أن يكذب لأجل المال، وترد شهادة من لم يحج إذا كان موسراً على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤد زكاته وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وكل من شهد على إقرار باطل، وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقتها شهوداً، قال المشايخ: إن شهدوا حل بهم الطعن لأنه شهادة على باطل فكيف

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٨١).

قال رحمه الله: (**والأقلف**) لإطلاق النصوص من غير تقييد بالختان ولأنه لا يخل بالعدالة هذا إذا تركه لعذر به من كبر أو خوف هلاك، وإن تركه من غير عذر استخفافاً بالدين لاتقبل شهادته، لأنه لم يبق عدلاً مع الاستخفاف بالدين، وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه لا تقبل شهادته وهو محمول على ما إذا تركه استخفافاً بالسنة، ولم يقدر أبو حنيفة للختان وقتاً معلوماً لأنه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وطريق معرفة المقادير السماع وليس للرأي فيه مدخل وقدّره المتأخرون، واختلفوا في وقته فقال بعضهم: وقته من سبع سنين إلى عشر سنين، وقال بعضهم: اليوم السابع من ولادته أو بعد السابع بعد أن يكون الصبي محتملاً ولا يهلك، لما روي أن الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا في اليوم السابع أو بعد السابع ولكنه شاذ وهو سنة للرجال عندنا دون النساء، وقال بعض العلماء: أنه فرض ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «الختان للرجل سنة وللنساء مكرمة»[1]. قال الحلواني رحمه الله: كان النساء يختتن في زمن أصحاب النبي ﷺ وإنما كان ذلك مكرمة لأنها تكون **الذلة** عند المواقعة.

قال رحمه الله: (**والخصي وولد الزنا** والخنثى) لتحقق العدالة منهم لأن قطع العضو أو زيادته أو جناية أبويه لا يوجب قدحاً في العدالة، وقبل عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي والخنثى إما رجل أو امرأة فشهادة الجنسين مقبولة ثم هو إن لم يكن مشكلاً فلا إشكال فيه وإن كان مشكلاً فيجعل امرأة في حق/ الشهادة احتياطاً [٢٢١/٢] حتى لا يجوز أن يشهد مع رجل ما لم يضم إليه امرأة **ولا مع النساء بلا رجل معهن**.

قال رحمه الله: (**والعمال**) المراد به عمال السلاطين الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عند عام المشايخ، وقيل: هم الأمراء وقيل الذين يعملو بأيديهم ويؤجرون أنفسهم وأياماً كانوا تقبل شهادتهم لأن نفس العمل ليس بفسق، وبعض أصحاب رسول الله ﷺ بل كبراؤهم كانوا عمالاً لأن العمل عبادة وله

هؤلاء الذين يشهدون عند مباشري السلطان على ضمان الجهات والإجارات المضارة على المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم اهـ ما قاله الكمال. **قوله في المتن**: (**والأقلف إلخ**) وما عن ابن عباس أنه لا تقبل شهادته، ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته إنما أراد به المجوس، ألا ترى إلى قوله: لا تؤكل ذبيحته اهـ كمال رحمه الله. **قوله**: (**الذلة**) الذي بخط الشارح لأنها تكون الذالة اهـ **قوله في المتن**: (**والخصي وولد الزنا**) قال الإتقاني: رأيت في كتاب التفريع لأصحاب مالك قال: ولا بأس بشهادة ولد الزنا إلا في الزنا، وما أشبهه من

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٠١٩٥).

الأجر على ذلك إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم، وقيل: إذا كان العامل وجيهاً في الناس ذا مروءة لايجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه اللّه في الفاسق لأنه لمهابته لا يتجاسر أحد على استئجاره، وعلى الشهادة الكاذبة، **ولوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة**، وروي أن فضيل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند أبي يوسف رحمه اللّه في حادثة فرد شهادته فشكاه إلى الخليفة فقال الخليفة: أيها القاضي إن وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته، فقال: لأني سمعته يوماً قال للخليفة: أنا عبدك فإن كان صادقاً فلا شهادة للعبد وإن كان كاذباً فكذلك أيضاً لأنه إذا كان لا يبالي بالكذب في مجلسك فلا يبالي بالكذب في مجلسي أيضاً فعذره الخليفة فيه، وفي الكافي هذا كان في زمانهم لأن الغالب عليهم الصلاح وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم، وذكر في النهاية معزياً إلى الجامع الصغير للبزدوي أن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجوراً، وإن كان أصله من جهة باطلة ثم قال: **فعلى هذا ينبغي أن تقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفاً**، وإن كان المراد بالعمال أهل الحرف فقد ذكرنا حكمهم فيما

الحدود فإنها لا تجوز فيه هذا لفظ كتاب التفريع، ووجه ذلك أنه يريد أن يكون جميع الناس مثله وهذ ضعيف لأن كلامنا فيما إذا كان ولد الزنا عدلاً، والعدل لا يرضى بذلك اهـ **قوله: (ولا مع النساء بلا رجل معهن)** وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لأنه يحتمل أن يكون امرأة، وفي شهادتهن شبهة البدلية والحدود تدرأ بالشبهات انتهى إتقاني. **قوله في المتن: (والعمال)** ذكر الإمام قاضيخان أراد به عامل السلطان الذي يعينه على أخذ الحقوق الواجبة شرعاً، أما الذي يعينه على أخذ الحرام لاتقبل شهادته انتهى. وكتب ما نصه وذكر في الواقعات في باب الشهادات بعلامة السين العمال للسلطان الذين يأخذون العشر والصدقات وغيرها جازت شهادتهم إذا كانوا أمناء، لأنهم إنما حملوا على ذلك لأمانتهم فالظاهر أنهم يحترزون من الكذب اهـ إتقاني. **قوله: (ولوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة)** فأما إذا كان ساقط المنزلة عند الناس أو مجازفاً في كلامه لا تقبل شهادته اهـ كافي. **قوله: (فعلى هذا ينبغي أن تقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفاً)** إلى هنا كلام الشارح وبعد هذا كتبت ملحقاً وهو في كلامه من العمال لا تقبل شهادته هذا الملحق من كلام صاحب النهاية، ولا يصح الكلام إلا به. **قوله: (وبائع الكفن قالوا: لا تقبل شهادته)** قال الولوالجي رحمه اللّه: في أثناء الفصل الثالث من أدب القاضي قالوا: شهادة بائع الأكفان لا تجوز قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني: إنما لا تجوز إذا ترصد لذلك العمل لأنه حينئذٍ يتمنى الموت والطاعون، أما إذا كان يبيع الثياب هكذا ويشترى منه الكفن تجوز شهادته اهـ **قوله في المتن: (ولو شهدا أن أباهما)** قال الكمال:

تقدم، وبائع الكفن قالوا: **لا تقبل شهادته** لأنه يتمنى كثرة الموت بالطاعون وغيره، وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر أنه أراد به من يبخل بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والأقارب.

قال رحمه اللّه: (والمُعْتِقُ للمُعْتَقِ) أي تقبل شهادة المعتق للذي أعتقه، وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا أن قنبراً والحسن شهدا لعلي عند شريح فقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق علي رضي اللّه تعالى عنهم أجمعين.

قال رحمه اللّه: (**ولو شهدا أن أباهما** أوصى إليه، والوصي يدعي جاز وإن أنكر لا كما لو شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه وادَّعى الوكيل أو أنكر) يعني إذا مات رجل وترك ابنين فادَّعيا أن أباهما أوصى إلى رجل، والرجل يدعي الوصية جازت شهادتهما، وإن أنكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما كما لا تجوز شهادتهما أن أباهما الغائب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه سواء ادَّعى الرجل الوكالة أو أنكر، والقياس أن لا تجوز الوصية أيضاً وإن ادّعى، **وكذا إذا شهد الموصى إليهما** أولهما أو الغريمان لهما عليه دين أو عليهما له دين أنه أوصى إلى هذا الرجل **تجوز هذه الشهادة استحساناً**، والقياس أن لا تجوز لأنها تجرّ منفعة إلى الشاهد بإقامة من يحفظ ماله أو من يستوفي منه أو من تبرأ ذمّته بالتسليم إليه أو من يعينه بالقيام على الوصية والشهادة التي تجرّ منفعة لا تقبل فصار نظير مسألة الوكالة، وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان الوصي طالباً وكان الموت معروفاً فيكفي القاضي/ بهذه الشهادة مؤنة التعيين وزكياه بشهادتهما، إذ لولا شهادتهما كان يتأمل فيمن يعين وفيمن يصلح فيعين من تثبت صلاحيته نظراً للميت، وإن لم يوص لأنه نصب ناظراً فلم يثبت بهذه الشهادة شيء لم يكن له فعله ونظيرها القرعة فإنها ليست بموجبة شيئاً لم يكن له لولا القرعة، ومع هذا جاز استعمالها تطييباً للقلوب [٢٢١ ب/٢]

صورتها رجل ادَّعى أنه وصي فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان كذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحساناً، والقياس أن لا تجوز لأن شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد، أما الوارثان لقصدهما نصب من يتصرف لهما ويريحهما ويقوم بإحياء حقوقهما، والغريمان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه، والمديونان لوجود من يبرآن بالدفع إليه والوصيان من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعاً لا تقبل. **قوله**: (**وكذا إذا شهد الموصي إليهما**) يقال: أوصى إليه أي جعله وصياً وأوصى له بكذا أي جعله موصى له اهـ إتقاني. **قوله**: (**تجوز هذه الشهادة استحساناً**) وهذا إذا كان الموت ظاهراً فإن لم يكن ظاهراً لا تقبل شهادة هؤلاء إلا الغريمين للميت عليهما دين، فإن شهادتهما تقبل وإن لم

ونفياً للتهمة عن القاضي، ولا يقال: إذا كان للميت وصيان لا يحتاج القاضي إلى وصي ثالث **فكيف يصح ما قلتم**؟ لأنا نقول: إذا أقر الوصيان أن معهما ثالثاً كان له أن يضم إليهما ثالثاً لعجزهما عن القيام بأمور الميت بإقرارهما أن معهما ثالثاً بخلاف ما إذا كان الوصي جاحداً لأن القاضي لا يملك إجبار أحد على قبول الوصية، وبخلاف ما إذا لم يكن الموت ظاهراً لأنه حينئذٍ لا يملك القاضي نصب الوصي إلا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة على القاضي فتبطل لمعنى التهمة وهو جر المنفعة إلى الشاهد على ما بينا، وبخلاف مسألة الوكالة وهي ما إذا أقام شخصان البينة أن أباهما الغائب وكل فلاناً بقبض حقوقه حيث لا تقبل، وإن أقر الوكيل بذلك لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت لثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لأجل التهمة فبطلت، وفي الكافي في الغريمين للميت عليهما دين تقبل شهادتهما وإن لم يكن الموت ظاهراً لأنهما يقرّان على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة، وثبت موت رب الدين بإقرارهما في حقهما وقيل: معنى القبول أن يأمرهما القاضي بأداء ما عليهما إليه لا أن يبرآ عن الدين بهذا الأداء لأن استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل في حقه، والبراءة حق لهما فلا تقبل في حقهما.

قال رحمه اللّه: (ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح) أي على جرح مجرد من غير أن يتضمن إيجاب حق من حقوق الشرع أو من حقوق العباد لأن الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم لأن الفاسق يرفع فسقه بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه أو قبله، فلا يتحقق الإلزام ولأن فيه هتك الستر وإشاعة الفاحشة من غير ضرورة، وهو حرام وللضرورة **جائز على ما نبين** ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي أن يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام: «انصر أخاك الظالم أو المظلوم»[1]. لأنا نقول لا ضرورة إلى هذه الشهادة لتمكنه من الإخبار للقاضي سراً حتى يرد شهادتهما فأمكن الامتناع عن الظلم بذلك، أما إذا كان الجرح غير مجرد

يكن الموت معروفاً اهـ إتقاني. **قوله: (فكيف يصح ما قلتم)** قلت: إنهما شهدا أن الميت أوصى إلى هذا الرجل الثالث فقد أقرّا أن لا حق لهما في التصرف ما لم يكن معهما ثالث فلو ردّ شهادتهما لاحتاج إلى نصب وصي آخر حتى يتصرف معهما فلا يكون لردّ الشهادة فائدة اهـ غاية. **قوله: (جائز على ما نبين)** قال له يا فاسق ثم أراد أن يثبت فسقه بالبينة ليدفع التعزير عن نفسه لا تسمع بينته لأن الشهادة على مجرد الجرح والفسق لا تقبل بخلاف ما إذا قال له: يا زاني ثم أثبت زناه ببينة تقبل، لأنه متعلق الحدّ اهـ قنية في الحدود. **قوله في**

---

(١) أخرجه البخاري في المظالم والغصب (٢٤٤٣)، والترمذي في الفتن (٢٢٥٥)، وأحمد في مسنده (١١٥٣٨).

بأن كان فيه إثبات حق الله تعالى كقولهما: زنوا أو شربوا الخمر أو سرقوا، أو كان فيه إثبات حق العبد، كقولهما: أخذوا المال أو قتلوا النفس عمداً فتقبل شهادتهما ضرورة إحياء الحقوق، وإن كان فيه هتك لأن مقصودهما إيجاب حق الله تعالى وهو الحد أو إيجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم، وفي ضمنه يثبت الجرح، وكذا إذا قال: صالحت الشهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا / عليّ بهذا الباطل [٢٢٢/أ ٢/] وقد شهدوا عليّ به، وأقام على ذلك بينة وطلب استرداد المال تقبل بينته، وكذا إذا قال: أعطاهم المدّعي من مالي الذي كان عنده حتى يشهدوا له بالزور وطلب استرداده تقبل لأن دعواه صحيحة لما فيه من إيجاب ردّ المال على الشهود، وهو مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال: صالحتهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا عليَّ ولم أدفع إليهم المال أو قال: استأجرهم المدّعي بكذا من المال على أن يشهدوا له لا تقبل لأن الدعوى غير صحيحة إذ المدعي مجرد جرح لأنه لم يدع قبله حقاً يمكن القضاء به، ودعوى الاستئجار وإن كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره وليس له ولاية إلزام غيره لغيره فكان جرحاً مجرداً ولو أقام البينة على إقرار المدعي أن الشهود فسقه تقبل بينته لأنه إقرار بأنه لا حق له في المعنى، وكذا إذا أقام البينة على إقراره أنه استأجر الشهود أو على إقرار الشهود أنهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق، وكذا إذا أقام البينة أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف لأن في العبيد إثبات الحق عليهم وهو الرق، وفي غيره ليس فيه إشاعة الفاحشة من عندهم وإنما حكوا بإظهار فاحشة من غيرهم، وذكر في الكافي أنه لو أقام البينة على إقرار الشهود أنهم شهدوا بالزور أو على إقرارهم أنهم أجراء في أداء هذه الشهادة أو على إقرارهم أن المدّعي مبطل في هذه الدعوى أو على إقرارهم أنهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة، وفيه أنه إذا أقام البينة أن الشهود زناة أو شربة خمر لا تقبل ولو أقام البينة أنهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا مني كذا، ولم يتقادم العهد تقبل شهادتهم، قيده بكونه غير متقادم لأنه لو كان متقادماً لا تقبل لعدم إثبات الحق به لأن الشهادة بحد متقادم مردوده، وما ذكره الخصاف من قوله: إن الشهادة على الجرح المجرد مقبولة تأويله إذا أقامها على إقرار المدعي بذلك أو على

المتن: (حتى قال: أوهمت) قال في المغرب: ووهم في الحساب غلط من باب لبس وأوهم فيه مثله ومنه قوله: فإن قال أوهمت أو أخطأت أو نسيت وفي حديث علي رضي الله عنه قال الشاهدان: أوهمنا إنما السارق هذا، ويروى وهمنا وأوهم في الحساب مائة أي أسقط وأوهم من صلاته ركعة، في الحديث أنه ﷺ «صلى وأوهم في صلاته فقيل له كأنك أوهمت في صلاتك» اهـ

التزكية، وعلى هذا ما ذكره في الكافي وغيره من أن الشهود لو شهدوا أن الشهود زناة أو شربة خمر لم تقبل، وإن شهدوا أنهم زنوا أو شربوا الخمر أو سرقوا تقبل يحمل الأول على أنه إذا كان متقادماً، وإلا فلا فرق بين قولهم زناة أو زنوا إلخ.

قال رحمه اللّه: (ومن شهد ولم يبرح حتى قال: **أوهمت** [بعض شهادتي تقبل لو عدلاً) قوله: أوهمت][(١)] أي أخطأت بذكر زيادة كانت باطلة أو بنسيان بعض ما كان يجب عليّ ذكره لأن الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضع العذر فتقبل شهادته إذا تداركه في أوانه وهو عدل، فإن قال ذلك بعدما قام عن المجلس لا تقبل شهادته لجواز أنه غرّه أحد الخصمين بالرشوة، ثم قيل: يقضي بجميع ما شهد به أولاً حتى لو شهد بألف ثم قال: غلطت في خمسمائة يقضي بالألف لأن المشهود به أولاً صار حقاً للمدعي، ووجب على القاضي القضاء به فلا يبطل برجوعه، وقيل: يقضي بما بقي لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه اللّه هذا إذا كان موضع شبهة كما بينا، أما إذا لم يكن موضع شبهة فلا بأس بإعادة الكلام مثل أن يدع لفظ الشهادة أو اسم المدعي أو المدعى عليه أو يترك الإشارة إلى أحد الخصمين وما يجري مجراه وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلاً مأموناً. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه أن قوله: يقبل في غير المجلس في الكل والأوّل هو الظاهر، وذكر في النهاية أن الشاهد إذا قال: أوهمت في الزيادة أو في النقصان يقبل قوله إذا كان عدلاً ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده، رواه / الحسن عن أبي حنيفة وبشر [٢٢٢ ب/٢] عن أبي يوسف، وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار أو في بعض النسب ثم تذكر بعد ذلك تقبل لأنه قد يبتلى به في مجلس القضاء، فذكره ذلك للقاضي دليل على صدقه واحتياطه في الأمور.

باب الاختلاف في الشهادة

قال رحمه اللّه: (**الشهادة إن وافقت الدعوى قبلت وإلا لا**) **لأن تقدم الدعوى في**

باب الاختلاف في الشهادة

الاختلاف في الشهادة خلاف الأصل بل الأصل الاتفاق لأن الأصل فيما يتفرع عن جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لأنها تتفرع إما عن رؤية كما في الغصب والقتل أو سماع بإقرار وغيره، والشاهدان متساويان في إدراك ذلك فيستويان فيما يؤدّيان فلذا أخره

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

حق العبد شرط لقبول الشهادة لأن القاضي إنما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم، وفصله يفتقر إلى سبق أحد الشيئين بعد الدعوى إما الشهادة أو اليمين، وقد وجد تقدم الدعوى فيما إذا وافقت الشهادة الدعوى فأمكن الفصل بالشهادة ولم يوجد فيما إذا خالفتها فلم يمكن القضاء بها، وهذا لأن الشهادة لأجل تصديق الدعوى **فإذا خالفتها فقد كذبتها** والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بها **بخلاف حقوق الله تعالى، لأن الدعوى فيها ليست بشرط** لأن إقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد فكان كل واحد خصماً في إثباته فصار كأن الدعوى موجودة، ولأنه تعالى لما أمر بإقامتها كان طالباً لها فلم يبق إلا إقامتها

عما لم يذكر فيه خلاف اهـ كمال رحمه الله. **قوله في المتن: (الشهادة إن وافقت الدعوى قبلت)** بأن كانت في ألف قرض وشهدا بألف قرض اهـ ع. **قوله: (وإلا)** أي وإن لم توافق الشهادة الدعوى بأن كانت في ألف قرض وشهدا بألف ثمن متاع اهـ ع. **قوله: (لأن تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة)** أي: لأنها لإثبات حقه فلا بدّ من طلبه وهو الدعوى، وقد وجدت الدعوى فيما يوافقها أي يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها فإنها لما لم توافقها صارت الدعوى لشيء آخر وشرط قبول الشهادة تقدم الدعوى، واعلم أن ليس المراد من الموافقة المطابقة بل إما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما إذا كان أكثر فمن الأقل ما لو ادّعى نكاح امرأة بسبب أنه تزوّجها بمهر، كذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضي بمهر المثل إن كان قدر ما سماه أو أقل فإن زاد عليه لا يقضي بالزيادة، كذا في غير نسخة من الخلاصة، والظاهر أنه إنما يستقيم إذا كانت هي المدّعية، ومنه إذا ادّعى ملكاً مطلقاً أو بالنتاج فشهدوا في الأول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلتا لأن الملك بسبب أقل من المطلق لأنه يفيد الأوّلية على الاحتمال والنتاج على اليقين، وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل، ومن الأكثر ما لو ادّعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل إلا إذا كان السبب الإرث لأن دعوى الإرث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده في الأقضية بما إذا نسبه إلى معروف سماه ونسبه، أما لو جهله فقال اشتريته أو قال: من رجل أو زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافية ذكر الخلاف في القبول رشيد الدين وهم اختلفوا فيما إذا تحمل الشهادة على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب، واختلف المشايخ فيه والأصح لا يحل له قلت: كيف وفيه أيضاً إبطال حقه فإنها لا تقبل فيما لو ادَّعاه بسبب اهـ كمال. **قوله: (فإذا خالفتها فقد كذبتها)** أي: كذبت الشهادة الدعوى اهـ وكتب ما نصه فنسب الكذب إلى الدعوى لا إلى الشهادة لأن الأصل في الشهود العدالة دون المدّعي إذ هي شرط فيهم دونه اهـ من خط الشارح رحمه الله. **قوله: (بخلاف حقوق الله تعالى لأن الدعوى فيها ليست بشرط)** قال الكمال: وإنما قيد

وفي حقوق العباد لا بد من طلبها بالدعوى إذ لا يعرف القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها.

قال رحمه الله: (**ادّعى داراً إرثاً أو شراء فشهدا بملك مطلق لغت**) أي لا تقبل بينته لأنهما شهدا بأكثر مما ادَّعاه المدعي لأنه ادّعى ملكاً حادثاً وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فإن الملك في المطلق يثبت من الأصل حتى يستحق المدعي بزوائده، ولا كذلك في الملك الحادث وترجع الباعة بعضهم على بعض فيه فصارا غيرين والتوفيق متعذر لأن الحادث لايتصور أن يصير قديماً، ولا القديم حادثاً فلا تقبل الشهادة.

قال رحمه الله: (وبعكسه لا) أي بعكس ما مضى وهو ما إذا ادّعى ملكاً مطلقاً فشهدا بملك بسبب معين لا تكون لغواً بل تقبل الشهادة لأنهم شهدوا بأقل مما ادّعى، وذلك لايمنع قبول الشهادة.

قال رحمه الله: (ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظاً ومعنى) لأن القضاء لا يجوز إلا بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقاً والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عندأبي حنيفة رحمه الله. وقالا: الاتفاق في المعنى هو المعتبر لا غير، **والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على إعادة المعنى** بطريق الوضع لا **بطريق التضمن**، حتى لو ادّعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله لعدم الموافقة لفظاً، وعندهما يقضي بأربعة وكذا إن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدّعي يدعي الألفين،

الاشتراط بحقوق العباد احترازاً عن حقوق الله تعالى فإن دعوى مدّع خاص غير الشاهد ليس شرطاً لقبول الشهادة لأن حقه تعالى واجب على كل أحد القيام في إثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائماً في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهد من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها إلى خصم آخر اهـ **قوله في المتن: (ادّعى داراً إرثاً أو شراء فشهدا بملك مطلق)** يعني من غير ذكر سبب اهـ ع. **قوله: (والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على إعادة المعنى)** أي سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادفه حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت اهـ كمال. وقوله: إعادة هو بالعين في خط الشارح، وكذا هو في الدراية وفي الكافي إفادة بالفاء اهـ **قوله: (لا بطريق التضمن)** فلو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل فلم يقض بشيء عند أبي حنيفة وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدّعي يدَّعي الألفين، بخلاف ما إذا كان يدعي ألفاً لا يقضي بشيء اتفاقاً لأنه أكذب شاهد الألفين إلا إن وفق فقال: كان لي عليه ألفان فقضاني ألفاً أو أبرأته من ألف، والشاهد

وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان أو الثلاث لهما أنهما اتفقا على الأقل وتفرّد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرّد به أحدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف، ألا ترى أن المدّعي لو ادَّعى الأكثر وشهدا بالأقل تقبل، ولو كان اختلافاً لما قبلت لأن من شرط القبول أن توافق البينة الدعوى **فصار كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف/ وخمسمائة والمدّعي يدعي الألف** [٢٢٣/أ/٢] **والخمسمائة، بخلاف ما إذا ادَّعى الأقل حيث لا يثبت شيء** لأن المدّعي كذب من يشهد بالزيادة وبشهادة الفرد لا يثبت الحق، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى لأن لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الألف غير لفظ الألفين، ولهذا لا يراد بأحدهما الآخر ولم يثبت واحد من اللفظين لأنه لم يشهد على كل واحد منهما إلا واحد، ولا يقال: إن الألف موجود في الألفين، لأنا نقول: نعم موجود فيه إذا ثبت الألفان ثبت الألف ضمناً فإذا لم يثبت المُتَضَمِّنُ لا يثبت المُتَضَمَّنُ، **ألا ترى أنه لو شهد أحدهما** أنه قال **لامرأته: أنت خلية** وشهد الآخر أنه قال: برية **لا يقع**

لا يعلم بذلك يقضي له بالألف اهـ كمال. **قوله: (وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان أو الثلاث)** لا يقضي بطلاق أصلاً عنده وعندهما يقضي بالأقل قال الكمال رحمه اللّه: وهذا في دعوى الدين، أما في دعوى العين بأن كان في كيس ألفا درهم فشهد أحدهما أن جميع ما في الكيس له، وهو ألفا درهم، والآخر أن نصف ما فيه له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لأن ذكر المقدار في المشار إليه مستغنى عنه ذكره الخبازي، وبقولهما: قال الشافعي وأحمد: يستحق الزائد بالحلف عليه اهـ **قوله: (فصار كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدّعي يدعي الألف والخمسمائة)** أو شهد أحدهما بطلقة والآخر بتطليقة ونصف اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف ما إذا ادّعى الأقل حيث لا يثبت شيء)** أي اتفاقاً اهـ كمال. **قوله: (ألا ترى أنه لو شهد أحدهما)** هذا الفرع ذكره الشارح رحمه اللّه في كتاب الطلاق في فصل المشيئة وذكر الحكم فيه كما هنا فاعلم ذلك وراجعه اهـ وكتب أيضاً ما نصه، قال الكمال: فإن قيل: يشكل على قوله: ما لو ادّعى ألفين فشهدا بألف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الشهادة والدعوى، وهي شرط وعلى قول الكل: ما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لايقضي ببينونة أصلاً مع إفادتهما معاً البينونة وتقدم أن اختلاف اللفظ وحده غير ضائر كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل، أجيب عن الأول بأن الاتفاق بين الدعوى والشهادة وإن اشترط لكن ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين، ألا ترى أنه لو ادَّعى الغصب أو القتل فشهدوا على إقراره به تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب، والآخر على إقراره به لا تقبل وحينئذٍ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فإنه لما كان يدعي ألفين كان مدعياً الألف وقد

شيء وإن اتفق اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فعلم بذلك أن اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول **بخلاف الدعوى والبينة حتى لا يشترط**

شهد به اثنان صريحاً فيقبل بخلاف شهادتهما بالألف والألفين لم ينص شاهد الألفين على الألف إلا من حيث هي ألفان ولم تثبت الألفان، وأما عن الثاني فنمنع الترادف لأن معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس إلا باعتبار معنى اللغة، ولذا قلنا: إن الكنايات عوامل بحقائقها فهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البينونة، والمتباينات قد تشترك في لازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى، فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملهما فإن هذا يقول: ما وقعت البينونة إلا بوصفها بخلية والآخر لم تقع إلا بوصفها ببرية، وإلا فلم تقع البينونة اهـ ما قاله الكمال رحمه اللّه تعالى. وكتب أيضاً ما نصه قال الكمال: واعلم أن من المسائل المذكورة في أوقاف الخصاف ما يخالف أصل أبي حنيفة ذكرها ولم يذكر خلافاً بل أشار إلى أنها اتفاقية فإنه ذكر فيما إذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبداً على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفه قال: أجعل لزيد ثلث غلتها الذي أجمعا عليه، والباقي للمساكين وكذا إذا سمى أحدهما مالاً لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم لزيد بما اجتمعا عليه، وكذا إذا شهد أحدهما أنه قال: يعطى لزيد من غلة هذا الوقف في كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر: يعطى ألفاً قال: أقدّر نفقته وعياله في العام فإن كانت أكثر من ألف حكمت له بالألف أو الألف أكثر أعطيته نفقته والباقي للمساكين هذا بعد أن أدخل الكسوة في النفقة ثم أورد على نفسه فقال: قلت: فلم أجزت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظهما قال: المعنى فيه أنه إنما أراد الواقف أن لزيد بعض هذه الغلة فأجعل له الأقل اهـ فإيراد هذا السؤال هو الذي ذكرت أنه أشار إلى أنها اتفاقية فإن إيراده ليس إلا باعتبار قول أبي حنيفة، قوله: وقد اختلف لفظهما صريح فيه ثم قال: هذا استحسان والقياس أن الشهادة باطلة اهـ وحاصله أنا علمنا استحقاقه وتردّدنا بين أقل وأكثر فيثبت المتيقن اهـ **قوله: (قال لامرأته أنت خلية إلخ)** قال قاضيخان في فتاواه: ولو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية وشهد الآخر أنه قال لها أنت برية لا تقبل عند الكل لأنهما اختلفا في لفظة الإيقاع، وإن كان معنى اللفظين واحداً اهـ قال الولوالجي في كتاب الدعوى: ولو شهد أحدهما أنه قال لامرأته: أنت خلية وشهد الآخر أنه قال برية لا تقبل شهادتهما وإن اتفقا على إثبات الحرمة لأنهما اختلفا في اللفظ والمعنى لأن معنى البراءة الفراغ عقيب الشغل ومعنى الخلو الفراغ المطلق فإذا اختلفا لفظاً ومعنى لا يثبت المشهود به فلايثبت حكمه وهو الحرمة اهـ **قوله: (لا يقع شيء)** أي على قول الكل. **قوله: (وإن اتفق اللفظان في المعنى)** أي وهو إثبات الحرمة

اتفاقهما في اللفظ، ألا ترى أن المدعي لو ادَّعى الغصب أو القتل فشهدا بإقرار المدعى عليه بذلك تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب أو القتل والآخر بالإقرار به لا تقبل وبخلاف الألف والخمسمائة لأن الشاهدين اتفقا على الألف لفظاً ومعنى وتفرّد أحدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه، ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لأنه مركب كالألفين إذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعي الأكثر فشهادة من شهد بالأكثر باطلة لأنه كذبه المدعي بالزيادة **إلا أن يوفق** فيقول: أصل حقي كان كما قال، إلا أني استوفيت الزائد أو أبرأته عنه فحينئذٍ تقبل في الأقل لظهور التوفيق، وفي النهاية: إن كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادته، وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية، وهذا لأن اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علماً عليه، فإذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافاً، وكذا إذا شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل شهادتهما، ذكره في المحيط ولم يحك فيه خلافاً.

قال رحمه الله: (فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، **وعندهما تقبل** بناء على أن المعتبر الاتفاق في اللفظ والمعنى عنده وعندهما في المعنى لا غير، وقد بينا الوجه من الجانبين، **والذي يبطل مذهبهما**

اهـ **قوله: (بخلاف الدعوى والبينة حتى لا يشترط إلخ)** قال الإتقاني: ثم المعتبر في الاتفاق بين الشهادة والدعوى فوجه الاتفاق هو الاتفاق في المعنى لا من حيث اللفظ، ألا ترى أن المدّعي يقول: أدّعي كذا والشاهد يقول: أشهد بكذا ولا اتفاق بينهما من حيث اللفظ فإذا عرفت هذا فاعرف أن كل موضع يمكن التوفيق بين الشهادة والدعوى فالشهادة لم تبطل، وإذا لم يمكن بطلت قال في الفصل الخامس في الفصول: وذكر في باب اختلاف الشهادات من شهادات الجامع وليس الاختلاف بين الشاهدين بمنزلة وليس الاختلاف بين الدعوى والشهادة لأن شهادتي الشاهدين ينبغي أن تكون كل واحدة منهما مطابقة للأخرى في اللفظ وإلا يوجب اختلاف المعنى، أما المطابقة بين الشهادة والدعوى فينبغي أن تكون في المعنى خاصة ولا عبرة للفظ اهـ **قوله: (إلا أن يوفق)** أي وما لم يوفق صريحاً لا يقضي بشيء ولا يكفي احتمال التوفيق في الأصح بخلاف ما إذا قال: ما كان إلا الألف لأنه إكذاب صريح لا يحتمل التوفيق فلا يقضي بشيء اهـ كمال رحمه الله. **قوله: (وعندهما تقبل)** على الألف إذا كان المدّعي يدعي الألفين اهـ **قوله: (والذي يبطل مذهبهما إلخ)** قال الكمال: وفي المبسوط والأسرار الذي يبطل مذهبهما وذكر ما ذكره الشارح رحمهما الله.

أن الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد آخران بثلاث تطليقات وفرّق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة، ولو كان كما قالا: إن الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعاً، ولا يلزم ما إذا قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة **حيث تقع واحدة** لأن ذلك لكون الثلاث صار في يدها فلها أن توقع كلها أو بعضها ولا يلزم ما إذا طلقها الزوج ألفاً حيث تقع الثلاث لأنه يتصرف عن ملكه، فله أن يوقع أي عدد شاء إلا أنه لا ينفذ إلا بقدر المحل.

قال رحمه اللّه: ﴿**وإن شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ذلك قبلت على الألف**﴾ يعني فيما إذا شهد أحدهما بألف وشهد الآخر بألف وخمسمائة/ [٢٢٣ب/٢] تقبل شهادتهما بألف إذا كان المدعي يدعي الألف وخمسمائة لاتفاقهما بالألف وتفرّد أحدهما بخمسمائة بخلاف ما إذا كان يدعي الألف فقط حيث لا تقبل شهادتهما، لأن المدَّعي كذب من شهد بالزيادة على ما بينا من قبل، وهذا كله فيما إذا ادعى ديناً، وأما إذا ادعى العقد **فلا تقبل الشهادة على ما يجيء من بعد**.

قال رحمه اللّه: ﴿ولو شهدا بألف وقال أحدهما قضاه منها خمسمائة تقبل بألف ولم يسمع أنه قضاه إلا أن يشهد معه آخر﴾ لأنهما اتفقا على وجوب الألف فتقبل، وانفرد أحدهما بقضاء النصف فلا تقبل لعدم كمال النصاب، ولا يكون بقوله: قضاه خمسمائة مناقضاً لشهادته بألف لأن قضاء الدين طريقة المقاصة معناه أن الدائن يجب عليه ما قبض فلا ينافي بقاء دينه فلا يكون كاذباً، ولايقال: إن المدعي كذب شاهده بالقضاء فينبغي أن لا يقبل كما إذا شهد بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفاً، لأنا نقول: لم يكذبه فيما شهد له وإنما كذبه فيما شهد عليه، وذلك لا يقدح كما إذا شهد له اثنان بحق ثم شهدا عليه بحق لإنسان آخر فإن شهادتهما له لا تبطل وإن كذبهما، فكذا هذا بخلاف ما استشهد به لأن التكذيب فيه فيما شهد له فيكون قادحاً، **وعن أبي يوسف** رحمه اللّه أنه يقضي بخمسمائة فقط لأن مضمون

قوله: ﴿لو شهدا بتطليقة﴾ يعني قبل الدخول اهـ كمال. **قوله: ﴿حيث تقع واحدة﴾** لأن التفويض تمليك فقد ملكها الثلاث بالتفويض إليها فيها والمالك يوجد من مملوكه ما شاء اهـ فتح. **قوله في المتن: ﴿وإن شهد الآخر بألف وخمسمائة، والمدّعي يدعي ذلك قبلت على الألف﴾** بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لأنهما شهدا على الألف لفظاً ومعنًى وانفراد أحدهما بالشهادة بجملة أخرى منصوص على خصوص كميتها لا يقدح في الشهادة بالألف كما لو شهد أحدهما بألف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما اهـ كمال رحمه اللّه. **قوله: ﴿فلا تقبل الشهادة على ما يجيء من بعد﴾** في قوله ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان إلخ اهـ **قوله: ﴿وعن أبي يوسف إلخ﴾**

شهادة شاهد القضاء أن لا دين إلا خمسمائة في المعنى، **وهو المعتبر عنده على ما مر** وينبغي أن يكون قول محمد كذلك لأن مذهبه في اعتبار المعنى كمذهب أبي يوسف لكنه خالفه لأنه لم يشهد له بخمس المائة ابتداء بل اتفق الشاهدان على وجوب الألف عليه للمدعي **ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا يسمع**.

قال رحمه اللّه: (**وينبغي أن لا يشهد** حتى يقرّ المدعي بما قبض) يعني يجب عليه أن لا يشهد بالألف كلها إذا علم أنه قضاه منها خمسمائة حتى يقرّ المدعي أنه قبض خمسمائة كيلا يصير معيناً على الظلم.

قال رحمه اللّه: (ولو شهدا بقرض ألف وشهد أحدهما أنه قضاه جازت الشهادة على القرض) لتمام الحجة في القرض وعدمها في القضاء، وذكر الطحاوي عن بعض أصحابنا أنه لا يقضي بها القاضي وهو قول زفر رحمه اللّه لأن في زعم أحد الشاهدين أنه لا شيء له عليه من المال، ولو قضى لكان قضاء بشهادة الواحد وهو غير جائز، ولأن المدعي كذب شاهد القضاء والأشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف رحمه اللّه على ما ذكرنا في المسألة الأولى، إذ لا فرق بين المسألتين إلا من حيث أن أحد

أي في غير المشهور عنه اهـ كمال. **قوله**: (**وهو المعتبر عنده على ما مر**) وجوابه ما قلنا يعني قوله لاتفاقهما عليه يعني فبعد ثبوت الألف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة فلا تقبل بخلاف ما لو شهدا بألف فقال أحدهما: إنه قضاه إياها بعد قرضه فإنه يقضي بالكل على قول الكل وقال أبو يوسف: لايقبل شهادة شاهد القضاء وذكروا قول زفر كقول أبي يوسف في هذه الرواية لأنه إكذاب من المدّعي فهو كما لو فسقه وجه الظاهر ما قدمنا من أنهما اتفقا وتفرد أحدهما إلخ، ولايلزم من الإكذاب التفسيق لجواز كونه تغليظاً له اهـ كمال رحمه اللّه. **قوله**: (**ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا تسمع**) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: إذا علم أحد الشاهدين بالقضاء لا ينبغي له أن يشهد على القرض لأنه إذا علم أن المستقرض قد قضاه فقد علم أن المدّعي ادّعى بغير حق، فلا ينبغي له أن يشهد على دعواه وهو يعلم أنه ادّعى بغير حق لأن فيه إعانة على الإثم والعدوان اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وينبغي أن لا يشهد إلخ**) قال الكمال: قال القدوري: وينبغي للشاهد إذا علم بذلك أي بقضاء الخمسمائة أن لا يشهد حتى يعترف المدعي بقبضها لأنه لو شهد فإما بالألف ثم يقول: قضاه منها خمسمائة وعلمت أنه يقضي فيها بألف فيضيع حق المدعى عليه، وإما بخمسمائة فيثبت اختلافهما إن شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة، وفيه لا تقبل الشهادة أصلاً على قول أبي حنيفة فيضيع حق المدعي فالوجه أن لا يشهد الذي عرف القضاء حتى يعترف المدعي بالقدر الذي سقط عن المدعى عليه، والمراد من لفظ لا ينبغي لا يحل نص عليه في جامع أبي الليث ومن هذا النوع رجل أقر عند قوم لفلان عليه

الشاهدين شهد بقضاء كل الدين في هذه وفي الأولى بقضاء البعض والجواب ما ذكرنا في الأولى، وإذا اختلف الشاهدان في الزمان أو المكان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل، وإذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل، والأصل أن المشهود به إن كان قولاً كالبيع ونحوه، فاختلاف الشاهدين فيه في المكان أو الزمان لا يمنع قبول الشهادة لأن القول مما يعاد ويكرّر، وإن كان المشهود به فعلاً كالغصب أو قولاً لكن الفعل فيه شرط صحته كالنكاح فإنه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط، فاختلافهما في الزمان أو المكان يمنع القبول لأن الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلف المشهود به، ثم قال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه: إذا اختلف شاهدا القذف في زمانه أو مكانه لا تقبل، وإن كان قولاً لأن كل واحد منهما إن كان إنشاء/ [٢٢٤أ/٢] فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان، وإن كان أحدهما إنشاء والآخر إخباراً فهما لا يتفقان لأن الإنشاء أن يقول: زنيت أو أنت زان، والإخبار أن يقول: قذفتك بالزنا وأبو حنيفة رحمه اللّه يقول: يحتمل أن يكون أحدهما سمع الإنشاء والآخر سمع الإقرار به ويثبت عنده قذفه فهما شاهدان به.

قال رحمه اللّه: (**ولو شهدا أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة، وآخران أنه قتله يوم النحر بمصر ردّتا**) يعني طائفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتمعا عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكره **تردّ الطائفتان** لأن إحداهما كاذبة بيقين وليست إحداهما بأولى بالقبول من الأخرى، وهذا لأن القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرّر لأن

كذا فبعد مدة جاء رجلان أو أكثر إلى القوم فقالوا: لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فإنه قضاه كله الشهود بالخيار إن شاؤوا امتنعوا من الشهادة وإن شاؤوا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبروهم بالقضاء فإن كان المخبرون عدولاً لا يقضي القاضي بالمال هذا قول الفقيه أبي جعفر وأبي نصر محمد بن سلام، ولو شهد عندهم واحد لا يسعهم أن يدعوا الشهادة، وكذا إذا حضروا بيع رجل أو نكاحه أو قتله فلما أرادوا الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج ثلاثاً أو قال: عاينا امرأة أرضعتهما أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولي إن كان واحداً شهدوا أو اثنين لا يسعهم أن يشهدوا، وكذا لو رأى عيناً في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك فأراد أن يشهد بالملك له فأخبره عدلان أن الملك للثاني لا يجوز أن يشهد بالملك للأول ولو أخبره أنه باعه من ذي اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت إلى قولهما اهـ **قوله في المتن: (ولو شهدا أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله يوم النحر بمصر)** لفظة يوم النحر ليست في خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن اهـ **قوله: (ترد الطائفتان)**

الأوّل حركات انقرض لكونه عرضاً لا يبقى زمانين والثاني حركات أخر غير الأول يحدثه اللّه تعالى في ذلك المحل ولا يمكن أن يجعل الثاني إخباراً عن الأول حتى يصير تكرار الأول وإعادته لأن الإخبار عن الفعل بالفعل لا يتصوّر فكانا غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول لأن القول يحكى بالقول فيكون الثاني عين الأول حكماً، وكذا لو اختلافا في الزمان أو الآلة التي وقع بها القتل لا تقبل لما بينا.

قال رحمه اللّه: (فإن قضى بإحداهما أوّلاً بطلت الأخرى) يعني لو قضى القاضي بوجوب القصاص بشهادة الطائفة الأولى **ثم شهدت الأخرى لا تقبل لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها** فلا ينتقض بالثانية، وهذا لأنه لما حكم بأنه قتل بمكة صار ذلك حكماً بأنه لم يقتل في غيرها إذ قتل شخص واحد في مكانين لا يتصوّر فصار نظير ما لو كان مع رجل ثوبان أحدهما نجس فتحرّى وصلى في أحدهما **ثم وقع تحريه على طهارة الآخر لا يجوز له الصلاة فيه** لأن الأوّل اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحري في الآخر.

قال رحمه اللّه: (**ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع** بخلاف الذكورة والأنوثة والغصب) يعني لو شهد شاهدان على سرقة بقرة واختلفا في لون البقرة بأن

فلا يقتل المشهود عليه بالقتل اهـ **قوله**: (**ثم شهدت الأخرى لا تقبل**) وحينئذٍ فيقتل المشهود عليه اهـ **قوله**: (**لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها**) فإنه حين قضى بالأولى ولا معارض لها إذ ذاك ينفذ شرعاً فلا يتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعاً بحدوث معارض اهـ كمال. **قوله**: (**ثم وقع تحرّيه على طهارة الآخر لا يجوز له الصلاة فيه**) ولا تبطل صلاته في الأول لأنه ثبت بتحريه الأول حكم شرعي هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا يؤثر التحري الثاني في رفعه اهـ فتح. **قوله في المتن**: (**ولو شهدا بسرقة بقرة إلخ**) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في شاهدين شهدا جميعاً على أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قال: أجيز الشهادة وأقطعه، وقال أبو يوسف ومحمد: لا نجيز الشهادة ولا نقطعه ولو شهد أحدهما أنه سرق بقرة وشهد الآخر أنه سرق ثوراً فالشهادة باطلة في قولهم جميعاً إلى هنا لفظ محمد رحمه اللّه اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**واختلفا في لونها قطع**) قال الكمال: صورتها ادّعى على رجل أنه سرق له بقرة ولم يذكر لها لوناً وأقام بينة فشهد واحد بسرقته حمراء والآخر سوداء قال أبو حنيفة: تقبل ويقطع وقالا هما والأئمة الثلاثة: لا يقطع ولو أن المسروق منه عين لوناً[1] فقال أحدهما: سوداء لا يقطع إجماعاً لأنه كذب أحد شاهديه، وعلى هذا الخلاف المذكور لو ادّعى سرقة ثوب مطلقاً فقال أحدهما: هروي والآخر مروي ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل إجماعاً لما

---

(١) هنا بياض في الأصل.

قال أحدهما سرق بقرة بيضاء وقال الآخر: بقرة سوداء تقبل شهادتهما وتقطع يده، بخلاف ما إذا قال أحدهما: سرق ذكراً والآخر قال: أنثى أو اختلفا في لون البقرة في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله: لا تقبل شهادتهما في السرقة أيضاً لأن البقرة البيضاء غير السوداء فكان سرقتين مختلفتين ولم يتم على فعل واحد نصاب الشهادة فلم يثبت، وصار كاختلافهما في الذكورة والأنوثة **وكاختلافهما في اللون في الغصب** بل أولى لأن الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت بالسرقة حدّ يسقط بها فصار نظير اختلافهما في قيمتها، وله أنهما اختلفا فيما لم يكلفا نقله لأن القطع لا يضاف إلى إثبات الوصف فصار كاختلافهما في ثياب السارق، ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما بخلاف بيان القيمة، لأن ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم أنها تبلغ نصاباً، ولأن التوفيق ممكن لأن السرقة تكون في الليالي غالباً ويكون التحمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان أو يجتمعان في بقرة واحدة بأن كان أحد جانبيها أبيض والجانب الآخر أسود فيشهد كل بما رأى أو بما وقع عنده، **بخلاف وصف الذكورة** والأنوثة لأنهما لا يجتمعان في بقرة واحدة، وكذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب/ [٢٢ب/٢] فلا يشتبه فيكونان سرقتين مختلفتين فلم يتم في كل واحد منهما نصاب الشهادة، وبخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار لأنّ الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالباً فلا يشتبه عليه الحال فتكون الشهادة على تحقيق وتأمل لتمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه، فإن قيل: في التوفيق احتيال لإيجاب الحدّ وهو يحتال لدرئه لا لإيجابه قلنا: القطع لا يضاف إلى إثبات الوصف لأنهما لم يكلفا نقله على ما بينا، وما يوجب الدرء يكون في نفس الموجب لا في غيره، فإن قيل: على هذا تكون البقرة المسروقة بلقاء والمشهود بسرقتها إمّا بيضاء أو سوداء ولم يقل واحد منهما إنها بلقاء فتكون غيرها ضرورة، قلنا: نعم ولكن ذلك في حق من يعرف اللونين، أما في حق من لا يعرف إلا أحدهما فهي عنده على ذلك اللون فسماها بيضاء أو سوداء

ذكرنا في الفرق بين السرقة والغصب بقليل تأمل اهـ **قوله: (وكاختلافهما في اللون في الغصب)** فإنهما لو شهدا على غصب بقرة فقال أحدهما: سوداء أو حمراء والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها إثبات حد فلأن لا يقبل فيما يوجب حداً أولى لأن الحد أعسر إثباتاً فإنه لا يثبت بشهادة النساء، وأما ما زيد من أنه لايثبت بأقل من أربعة فليس مما فيه الكلام من السرقة بل يخص الزنا اهـ فتح. **قوله: (بخلاف وصف الذكورة إلخ)** قال الإتقاني: وبخلاف اختلافهما في الذكورة والأنوثة لأن التوفيق ليس بممكن، لأن اجتماعهما أو تشابههما لا يكون في حيوان واحد عادة، ولأن الشاهدين يكلفان بيان الذكورة والأنوثة

بناء على ما شاهد من مواضعها، وهذا الخلاف فيما إذا كان المدّعي يدعي بقرة مطلقاً من غير تقييد بوصف، وأما إذا ادّعى سرقة بقرة سوداء أو بيضاء لا تقبل شهادتهما بالإجماع لأن المدّعي كذب أحدهما، وقيل: هذا في لونين متشابهين كالسواد والحمرة، وأما في لونين غير متشابهين كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة والأصح أن الكل على الخلاف **ذكره في المبسوط**، وعلى هذا الخلاف فيما إذا اختلفا في ثوب بأن قال أحدهما: هروي وقال الآخر: مروي وإن اختلفا في الزمان أو المكان لم تقبل الشهادة وقد بيناه من قبل.

قال رحمه اللّه: (**ومن شهد لرجل** أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة بطلت الشهادة) لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد فالبيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما، ولأن المدّعى يكذب أحد شاهديه **وكذا إذا كان المدّعي هو البائع، ولا**

لأن القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافهما فيهما في نفس الشهادة اهـ **قوله: (ذكره في المبسوط)** أي قاضيخان في شرح الجامع الصغير اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ومن شهد لرجل إلخ)** قال الإتقاني: وهذه ثمانية مسائل البيع والإجارة والكتابة والخلع والعتق على مال والصلح عن دم العمد والنكاح والرهن ثم كل واحد منها على وجهين إما أن يدعي هذا وينكر الآخر أو يدعي الآخر وينكر هذا اهـ وقد ذكرها صاحب الهداية، وذكر في الكنز منها أربعة البيع والكتابة والخلع والنكاح وذكر الشارح رحمه اللّه الأربعة الباقية اهـ وكتب ما نصه قال الإتقاني: وكان الأنسب للوضع أن يذكر هذه المسألة بعد قوله: وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف لأن تلك المسألة في دعوى المال وهذه في دعوى العقد اهـ وكتب أيضاً ما نصه قوله: ومن شهد لرجل إلخ قال الكمال: صورتها على ما في الجامع في الرجل يدعي على رجل أنه باعه هذا العبد بألف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهداً بألف وشاهداً بألف وخمسمائة، قال يعني أبا حنيفة هذا باطل إلى آخر ما هناك فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين إذا اختلفا فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة، والمدعي يدعي ألفاً وخمسمائة قضى بالألف بالاتفاق بين الثلاثة، وهنا لا يقبل شيء ولو كان المدَّعي يدَّعي ألفاً وخمسمائة بيانه هو أن ذاك فيما إذا ادَّعى ديناً فقط والمقصود هنا دعوى العقد، ألا ترى إلى قوله في الجامع: فينكر البائع البيع ولأنه لو كان المقصود الدين لم يحتج إلى ذكر السبب، وإن كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لأن الثمن من أركانه والمركب الذي بعض أجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه، ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلاً اهـ فتح. **قوله: (وكذا إذا كان المدعي هو البائع)** بأن ادَّعى

فرق بين أن يكون المدّعي أقل المالين أو أكثرهما لما بينا من أن المقصود إثبات السبب على معنى أنه الأصل والحكم يثبت تبعاً لثبوته، وإن كان الحكم هو المقصود حقيقة في حق الانتفاع والسبب وسيلة إليه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل إلا به فكان في إثباته إثبات الحكم، إذ لا يمكن إثبات الحكم إلا بسبب معين، **وذكر علاء الدين السمرقندي رحمه اللّه أن الشهادة تقبل** لأن التوفيق ممكن لأن الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يشتريه بألف ثم يزيده عليه خمسمائة فقد اتفقا على شراء واحد، ولو اختلفا في الجنس بأن شهد أحدهما بأنه اشتراه بألف درهم وشهد الآخر أنه اشتراه بمائة دينار بطلت لعدم إمكان التوفيق لأن الشراء الواحد لا يتصوّر أن يكون بألف درهم **ثم يصير بمائة دينار**.

قال رحمه اللّه: (وكذا الكتابة والخلع) أي إذا اختلفا في مقدار البدل فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا أن المقصود إثبات السبب، وهذا إذا كان المدّعي هو العبد فظاهر لأنه يدعي السبب ليحصل له مقصوده، وهو العتق بالأداء فصار نظير الشراء **وإن كان المدعي هو المولى، فكذلك** لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب، وهذا لأن البدل في ابتداء العقد مقابل بفك الحجر ثم ينتقل عند أداء المال فيصير مقابلاً بالعتق، فقيل: الأداء بمنزله الإجارة فكان مقصوده إثبات العقد، وقيل: إن كان المدعي هو المولى لا تفيد بينته لأن العقد غير لازم/ في حق [٢٢٥ أ ٢/أ] العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز، والمراد بالخلع إذا كانت المرأة هي المدعية للخلع لأن مقصودها إثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه، فصار نظير البيع بخلاف دعوى الدين لأن المقصود فيه المال دون السبب فيثبت قدر ما اتفقا عليه دون ما تفرد به أحدهما، وإن كان المدعي هو الزوج يقع الطلاق بإقراره فيكون بمنزلة دعوى الدين فيثبت أقلهما، وهو الذي اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة فيه، **وكذا الصلح عن دم العمد والعتق** على مال فإن كان المدعي هو العبد أو القاتل لا

أنه باعه بألف وخمسمائة فأنكر المشتري الشراء فأقام الشاهدين كذلك اهـ فتح. **قوله: (ولا فرق بين أن يكون المدعى أقل المالين أو أكثرهما)** ولا فرق بين أن يكون المدعي هو البائع أو المشتري اهـ قارئ الهداية. **قوله: (لما بينا)** أي من اختلافهما في المشهود والتكذيب من المدعي اهـ فتح. **قوله: (وذكر علاء الدين السمرقندي أن الشهادة تقبل)** قال الكمال: وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الإمام الشهيد السمرقندي تقبل إلخ اهـ **قوله: (ثم يصير بمائة دينار)** قال الكمال: وقال بعض المحققين من الشارحين: فيه نوع تأمل اهـ **قوله: (وإن كان المدعي هو المولى فكذلك)** لأن دعوى السيد لمال على عبده لا يصح إذ لا دين له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف إنكار العبد إليه للعلم بأنه لا يتصوّر له عليه دين

تقبل شهادتهما لأن مقصود العبد والقاتل العقد دون المال فلا يثبت لما ذكرنا من الاختلاف فيه، وإن كان المدعي هو المولى أو الولي يثبت العفو والعتق بإقرارهما فيكون دعوى الدين فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع، **وفي الرهن إن كان المدعي هو المرتهن** فهو كدعوى الدين يثبت أقلهما لما ذكرنا، **وإن كان المدعي هو الراهن فلا تقبل الشهادة** لأنه ليس له أن يلزمه الرهن إذ الرهن غير لازم في حق المرتهن وله أن يفسخه أي وقت شاء فلا فائدة في إقامة البينة ولأنه حق عليه،

إلا به، والشهادة ليست إلا لإثباتها اهـ كمال. **قوله: (وكذا الصلح عن دم العمد والعتق إلخ)** قال الكمال: بعد ذكره من المسائل الثمانية مسألة البيع والكتابة الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والعتاق على مال والصلح عن دم العمد إن كان المدعي هو المرأة في الخلع والعبد في العتق والقاتل في الصلح عن دم العمد، لأن المقصود إثبات العقد لأنه هو الذي يفيدهما الخلاص وهو مقصودهم وإن كانت دعوى من الجانب الآخر وهو الزوج والمولى وولي القتيل فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه، وهو أنه إذا ادَّعى أكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالأقل إن كان الأكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة قضى بالأقل اتفاقاً، وإن كان بدونه كالألف والألفين فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة لا يقضي بشيء، وهذا لأنه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى إلا في الدين اهـ وكتب أيضاً قال الإتقاني: فأما إذا وقعت الدعوى في الطلاق أو في الخلع على مال أو العتق على مال أو الصلح عن دم العمد على مال، فإن كان المدعي هو الزوج أو المولى أو ولي القصاص فهذا دعوى المال، وإن كان المدعي هي المرأة أو القاتل أو العبد فهذا دعوى عقد لا تقبل بالإجماع اهـ **قوله: (وفي الرهن إن كان المدعي هو المرتهن إلخ)** فإن قيل: الرهن لا يثبت إلا بإيجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغي أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهما فيه في البيع والشراء، أجيب بأن الرهن غير لازم في حق المرتهن فإن له أن يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن، إذ الرهن لايكون إلا بالدين فتقبل بينته في ثبوت الدين فيثبت الرهن بألف ضمناً وتبعاً للدين، ولا شك أن دعوى المرتهن إن كان مثلاً هكذا أطالبه بألف وخمسمائة لي عليه على رهن له عندي فليس المقصود إلا المال، وذكر الرهن زيادة إذ لا يتوقف بتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن في البيع، وإن كان هكذا أطالبه بإعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندي على كذا، ثم غصبه أو سرقه مثلاً فلا شك أن هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في أنه رهنه بألف أو ألف وخمسمائة وإن كان زيادة يوجب أن لا يقضي بشيء لأن عقد الرهن يختلف به اهـ كمال. **قوله: (وإن كان المدعي هو الراهن فلا تقبل الشهادة)** أي بشيء أصلاً لأن قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح لأنه أي الراهن لا حظ له في الرهن، أي لا يقدر على استرداده ما دام الدين قائماً فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح اهـ

والإنسان لا يقيم البينة على حق عليه وإنما يقيمها على حق له، وصورة دعوى الرهن أن يدعي أنه رهنه ألفاً وخمسمائة وادّعى أنه قبضه ثم أخذه الراهن فيطلب الاسترداد منه فأقام بينة فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة يثبت أقلهما، **وفي الإجارة إن كان** قبل استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فهي نظير البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا في البيع، وإن كان بعد مضي المدة فهي كالدين يثبت ما اتفقا عليه إن كان المدعي يدعي الأكثر، وإن كان يدّعي الأقل لا تقبل شهادة من شهد بالأكثر لأنه كذبه المدعي، وكذا في جميع هذه الصور لما بينا في الدين.

قال رحمه اللّه: (فأما النكاح فيصح بألف) يعني بأقل المالين وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه سواء كان الدعوى من الزوج أو من المرأة أو سواء ادّعى الأقل أو الأكثر وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه: تبطل الشهادة **ولا يقضي بشيء** لأن المقصود من الجانبين إثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة فتبطل الشهادة كما في البيع سواء كان الزوج هو المدعي أو المرأة هي المدعية، لامتناع ثبوت النكاح بإقرار أحدهما بخلاف العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد حيث يكون دعوى الدين إذا كان المدعي هو الزوج والمولى والولي لأنه بإقراره يسقط القصاص ويقع الطلاق والعتق فيبقى دعوى المال المجرد عن السبب، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن التسمية في النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده فإنه لو تزوّجها ولم يسم لها مهراً ثم سمى لها مهراً صحت التسمية، ولصحة التسمية لا يحتاج إلى إنشاء العقد وإنما يحتاج إلى قيامه وقيامه تارة يكون حالة الابتداء وتارة يكون حالة البقاء فلم يلزم من اختلاف التسميتين اختلاف العقد، لأن التسمية وجدت في حالة البقاء ولا يتصوّر وجود العقد في حالة البقاء والبينة على التسمية في

فتح. **قوله: (وفي الإجارة إن كان إلخ)** قال الكمال رحمه اللّه: والسابعة الإجارة إن كان في أوّل المدة فهو كالبيع بأن ادّعى المستأجر أو الآجر أنه آجره هذه الدار سنة بألف وخمسمائة فشهد واحد كذلك، وآخر بألف لا تثبت الإجارة كالبيع إذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق بدل فكان المقصود إثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الإجارة، فإن كان بعد مضيها استوفى المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم فإن كان المدعي هو المؤجر فهي دعوى المال، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة وهو يدعي الأكثر يقضي بألف إذ ليس المقصود بعد المدة إلا الأجر وإن شهد الآخر بألفين والمدعي يدعيهما لا يقضي بشيء عنده وعندهما بألف، وإن كان المدعي هو المستأجر فهو دعوى العقد بالإجماع لأنه معترف بمال الإجارة فيقضي عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف اهـ **قوله: (ولا يقضي بشيء)** أي لا

حال يستحيل العقد لا تكون بينة على العقد بل على التسمية المجرّدة، فكان الثابت بشهادتهما المال حال بقاء النكاح فيثبت ما اتفقا عليه كالدين فحاصل القضية أن شهادتهما / لم تقم إلا على المال حال بقاء النكاح فيثبت بها التسمية وبقاء النكاح [٢٢٥ب/٢] لا غير، **ولأن المال في النكاح تابع** والأصل فيه الحل والازدواج والملك، ومن حكم التبع أن لا يغير الأصل، ولهذا لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه فبقي العقد سالماً عن الاختلاف فلزم **وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضي بالأقل منهما كما في الدين**، وقيل: الخلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية يجعل أبو حنيفة مقصودها المال فيخرجه على ما بينا وهما يجعلان مقصودها العقد لما بينا لهما، **وأما إذا كان المدعي هو الزوج فمقصوده العقد** لا المال فلا تقبل بينته بالإجماع لأن العقد بألف غير العقد بألف وخمسمائة على ما بينا، والأوّل هو الأصح وقد بينا وجهه وهو استحسان، ويستوي فيه دعوى أقل المالين وأكثرهما في الصحيح لاتفاقهما في الأصل وهو العقد والاختلاف في التبع لا يوجب خللاً فيه لكنه لا بد من وجوب المال فيجب الأقل لاتفاقهما عليه، ولا يكون بدعوى الأقل تكذيباً للشاهد لجواز أن الأقل هو المسمى ثم صار أكثر بالزيادة.

قال رحمه اللّه: (**وملك المورث لم يقض لوارثه بلا جرّ إلا أن يشهدا بملكه أو يده أو يد مستعيره** وقت الموت) يعني إذا ثبت شيء أنه ملك المورث بأن ادَّعى الوارث عيناً في يد إنسان أنها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لأبيه لا يقضي

يقضي بالنكاح اهـ قارئ الهداية. **قوله**: (**ولأن المال في النكاح تابع**) ألا ترى أنه ينعقد النكاح بلا تسمية المهر ويملك النكاح من لا يملك التصرف في المال كالأخ والعم، وقد اتفق الشاهدان على الأصل وهو ملك البضع فيقضي بذلك ولا ينظر إلى الاختلاف في النفع وهو المال اهـ إتقاني. **قوله**: (**وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضي بالأقل**) لاتفاقهما عليه وحينئذٍ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بألف فإن هذا الوجه يقتضي الصحة بالأقل بلا تفصيل اهـ كمال. **قوله**: (**كما في الدين**) بخلاف البيع، لأن البدل ثمة أصل كالمبيع ولهذا لا يصح بدون ذكر الثمن فكان ذلك دعوى العقد اهـ إتقاني. **قوله**: (**وأما إذا كان المدعي هو الزوج فمقصوده العقد**) إذ الزوج لا يدعي عليها مالاً اهـ فتح. **قوله في المتن**: (**وملك المورث إلخ**) ترجم له في الهداية بفصل الشهادة على الإرث قال الإتقاني: لما ذكر الشهادة التي تتعلق بحال الحياة شرع في الشهادة المتعلقة بحال الممات لأن الموت يتلو الحياة فناسب وضع ما يتعلق بالموت عقيب ذلك اهـ **قوله في المتن**: (**لم يقض لوارثه بلا جرّ**) أي من الشهود بأن يجرا الميراث فيقولا: مات وتركها ميراثاً له اهـ ع **قوله في المتن**: (**إلا أن يشهدا بملكه**) من هنا إلى قوله في باب الوكالة: فتعين البر للإدخار عند قوله: وبشراء طعام مخروم

له حتى يجرّ الميراث فيقولا: مات وتركها ميراثاً له أو يقولا: كانت لأبيه يوم موته أو كانت في يده أو في يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره، والأصل فيه أن الجرّ شرط وهو أن يقول الشاهد: مات وتركها ميراثاً له ولكن إذا ثبت ملكه أو يده عند الموت كان جرّاً لأنه أثبت ملكه أو أن الانتقال إلى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون إثباتاً للانتقال، **وكذا إذا أثبت يده عند الموت** لأن يده إن كانت يد ملك فهو على ما بينا، وإن كانت يدأمانة فكذلك الحكم لأن الأيدي في الأمانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذا مات مجهلاً لتركه الحفظ والمضمون يملكه الضامن على ما عرف فيكون إثبات اليد في ذلك الوقت إثباتاً للملك، وإثبات يد من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمستأجر والمرتهن والغاصب وغيرهم إثبات ليده فيغني إثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجرّ فاكتفى به عنه، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: الجرّ ليس بشرط بل إذا أثبت الوارث أن العين كانت للمورث يكفي لأن ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه، ولهذا يردّ بالعيب ويرد عليه به **ويصير مغروراً** فيما اشتراه المورث فيكون ملك الوارث عين ملك المورّث مستمراً إلى هذا الوقت لا ملكاً آخر غيره، كما في الحيّ إذا أثبت أنها كانت له يحكم له بها ولا يكلف إقامة البينة على أن ملكه ثابت في هذا الوقت، وكما إذا ادَّعى عيناً في يد إنسان أنه اشتراها من فلان غير ذي اليد وأقام البينة على الشراء منه، وأنكر ذو اليد أنها ملك البائع فأقام المشتري بينة أنها كانت له يكتفي بذلك، ويقضي له بها ولا يكلف إقامة البينة أنها كانت للبائع وقت البيع وهذا لأن ما ثبت فهو باق / إلى أن يوجد ما يزيله لاستغناء البقاء [٢٢٦/١ ٢] عن دليل، ولهما أن ملك الوارث متجدد ثبت له بعد أن لم يكن ثابتاً، ألا ترى أنه يثبت في حقه أحكام لم تكن ثابتة في حق المورّث من استبراء الجارية وحل وطئها لو كانت حراماً على المورّث أو **بالعكس**، وكذا يحل للوارث الغني أكل صدقة ورثها

من نسخة الشارح رحمه الله. **قوله في المتن**: (**أو يده أو يد مستعيره**) كذا هنا والذي شرح عليه العيني رحمه الله إلا أن يشهدا بملكه أو يده أو يد مودعه أو يد مستعيره اهـ **قوله**: (**وكذا إذا أثبت يده عند الموت**) لأن اليد وإن تنوعت إلى يد غصب وأمانة وملك فإنها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف أن كلاً من الغاصب والمودع إذا مات مجهلاً يصير المغصوب والوديعة ملكه لصيرورته مضموماً عليه شرعاً، ولا يجتمع البدلان في ملك مالك الوديعة والمغصوب منه اهـ فتح. **قوله**: (**ويصير مغروراً**) أي فيما كان المورث مغروراً فيه اهـ كافي. **قوله**: (**أو بالعكس**) أي بأن كانت موطوءة الميت أو موطوءة وارثه اهـ

من الفقير، ولولا تجدد الملك لما حل له فإذا كان متجدداً فلا بد من إثبات النقل إليه **وذلك بما ذكرنا من الجر** لا بإثبات ملك الميت قبل الموت، لأن بقاء ملكه إلى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو حجة لإبقاء ما كان على ما كان لا لإثبات ما لم يكن وحاجتنا إليه لأن مالكية الوارث لم يكن ثابتاً قبل موت المورّث فكان متجدداً ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال، ألا ترى أن الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار المشفوع بها وإن كان يدفع دعوى غيره به لما ذكرنا بخلاف ما إذا أثبت الحي أنها كانت له حيث يحكم له بها لأنا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقاء ما كان على ما كان وهو حجة فيه على ما بينا، وبخلاف ما إذا أقام البينة أنه اشتراها من فلان حيث لا يكلف إقامة البينة أنه كان مالكاً لها وقت البيع، لأن ملك المشتري مضاف إلى الشراء الثابت بالبينة لا إلى استصحاب الحال ببقاء ملك البائع، لأن الشراء سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق بدون إثبات الملك فيكون ثابتاً بالشراء، وأما في الموت فثبوت الملك للوارث مضاف إلى كون المال ملك المورّث وقت الموت **لا إلى الموت**، لأن الموت ليس بسبب موضوع للملك بل موضوع لإبطاله فكم من موت ليس فيه إيجاب الملك لأحد، ألا ترى أن الوارث لو علق العتق بموت مورثه بأن قال: إن مات سيدك فأنت حرّ لا يصح، ولو كان سبب للملك لصح كما إذا قال لعبد الغير: إن اشتريتك فأنت حر.

قال رحمه اللّه: (ولو شهدا بيد حي منذ شهر **ردّت**) أي إذا شهد شاهدان أن هذه العين كانت في يد فلان منذ شهر وهو حي ردّت الشهادة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وعن أبي يوسف أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك فوجب أن تقبل، كما إذا شهدا أنها كانت ملكه منذ شهر وهذا لأن الملك متى ثبت يبقى إلى أن يوجد ما يزيله فكذا اليد وصار كما إذا شهدا بالأخذ من المدعي أو بالإقرار منه باليد له، ولهما أن الشهادة قامت بمجهول **لأن اليد منقضية** وهي متنوّعة إلى ملك وأمانة وضمان **فلا يمكن القضاء بالمجهول**، بخلاف الملك لأنه معلوم غير متنوع، وبخلاف الأخذ لأنه معلوم أيضاً وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى

قوله: (وذلك بما ذكرنا من الحر) أي الصوري أو المعنوي اهـ عيني. **قوله: (لا إلى الموت)** أي ليس بمضاف إلى الموت اهـ **قوله في المتن: (ولو شهدا بيد حي إلخ)** قيد بالحي لأنهما إذا شهدا لميت أنها كانت في يده وقت الموت تقبل اتفاقاً اهـ عيني. وقد تقدمت وتقدم الفرق بينهما آنفاً اهـ **قوله: (ردت)** في ظاهر الرواية خلافاً لما روي عن أبي يوسف اهـ غاية. **قوله: (لأن اليد منقضية)** أي زائلة في الحال وليست بقائمة حتى تحمل على الملك باعتبار الظاهر اهـ قارئ الهداية. **قوله: (فلا يمكن القضاء بالمجهول)** فلم يجب الرد لأنه لو وجب

تردّ» وكذا الإقرار باليد معلوم على ما يجيء ولأن يد صاحب اليد معاين ويد المدعي مشهود به فلا يعارض المتحقق لأن العيان يوجب العلم والشهادة توجب غلبة الظن فكان أكثر إثباتاً.

قال رحمه اللّه: (**ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعي دفع إلى المدعي**) أي لو أقر المدعى عليه باليد للمدعي أو شهد شاهدان بأنه أقر باليد للمدّعي منذ أشهر دفع ذلك إلى المدعي لأن الإقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، ألا ترى أنه لو قال: لفلان عليَّ شيء صح ويجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به واللّه أعلم.

باب الشهادة على الشهادة

[٢٢٦ ب/٢] قال رحمه اللّه: (تقبل فيما لا يسقط بالشبهة إن شهد رجلان على شهادة/ شاهدين) أي تجوز الشهادة على الشهادة بشرط أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الأصلين وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة عبادة بدنية **وجبت على شاهد الأصل**، وليست بحق للمشهود له بدليل أنه لا تجوز الخصومة فيها

الردّ من وجه لا يجب من وجهين فلا يجب بالشك اهـ قارئ الهداية. **قوله في المتن: (ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعي دفع إلى المدعي)** قال الكمال: يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده: هذه الدار كانت في يد المدّعي دفعت للمدّعي وإن كانت اليد متنوعة لأن حاصل ذلك جهالة في المقر به، وهي لا تمنع صحة الإقرار بل يصح ويلزمه البيان فإنه لو قال: لفلان عليّ شيء صح ويجيز على البيان، وكذا لو شهد شاهدان أن المدّعى عليه أقر بأنها كانت في يد المدّعي تقبل لأن المشهود به الإقرار وهو معلوم وإنما الجهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة القضاء، كما لو ادّعى عشرة دراهم فشهد على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئاً جازت ويؤمر بالبيان اهـ

باب الشهادة على الشهادة

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الأصول شرع في بيان أحكام شهادة الفروع اهـ فتح. قوله: شرع في بيان إلخ إذ الأصل مقدم على الفرع اهـ وكتب ما نصه. قال الفقيه أبو الليث في خزانة الفقه: خمسة أشياء لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة كتاب القاضي إلى القاضي وحد الزنا والسرقة والقصاص والقذف وحد شرب الخمر، وقال في أول كتاب الكفالة من الأجناس قال محمد بن الحسن: في نوادر محمد بن رستم يجوز في التعزير

والإجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية، ولأن فيها زيادة احتمال لأن الاحتمال فيها في موضعين في الأصول وفي الفروع **وفيه شبهة من حيث البدلية**، ولهذا لا يصار إلى الفروع إلا عند العجز عن الأصول، وجه الاستحسان أن الحاجة ماسة إليها إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لموت أو مرض أو بعد مسافة، فلو لم تجز الشهادة [على الشهادة][(١)] أدى إلى إتواء الحقوق، ولهذا جوزنا الشهادة [على شهادة][(١)] الفروع وعلى شهادة فروع [الفروع][(١)] إلى غير نهاية فصار ككتاب القاضي [إلى القاضي][(١)]، **وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص** لأنهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا فلا يثبتان بها كما لا يثبتان بشهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية بل أولى، لأن في الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية **ويدخل تحته** جميع الحقوق، وذكر الناطفي أنها لا تجوز في الوقف، والصحيح أنها تجوز فيه إحياء له وصوناً عن اندراسه، وقوله: إن شهد رجلان على شهادة شاهدين يعني إن شهد على كل واحد من الشاهدين رجلان لأن كل واحد من الشهادتين قضية من القضايا فلا بد من تمام النصاب على كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم، ولا يشترط تغاير الفروع حتى لو أشهد أحدهما على شهادته رجلين وأشهدهما الآخر بعينهما جاز، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين أشهدهما صاحبه، لأن كل شاهدين قائمان مقام أصل واحد فلا يتم حجة للقضاء بهما كالمرأتين لما قامتا مقام رجل لا تتم الحجة بشهادتهما، ولأن الفرع لما تحمل الشهادة صار شاهداً وليس للشاهد أن يشهد على تلك الشهادة غيره ألا ترى أن أحد الأصلين لما كان شاهداً لا يجوز له أن يشهده صاحبه على شهادته مع رجل آخر، **وقال مالك رحمه الله**: تجوز شهادة الواحد على

العفو والشهادة على الشهادة اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**وجبت على شاهد الأصل**) فلا يجوز أن يقيم غيره مقامه كالصلاة والصوم وسائر العبدات اهـ غاية. **قوله**: (**ولأن فيها زيادة احتمال**) يعني تهمة الكذب في الأصول والفروع لعدم عصمتهم كما ذكرنا، وفي الفروع تهمة زائدة وهي تهمة عدم السماع من الأصول اهـ قارئ الهداية. **قوله**: (**وفيه شبهة من حيث البدلية**) لأنها قائمة مقام شهادة الأصل اهـ **قوله**: (**وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص**) وبقولنا هذا: قال أحمد والشافعي في قول وأصح قوليه وهو قول مالك، تقبل في الحدود والقصاص أيضاً لأن الفروع عدول نقلوا شهادة الأصول فالحكم بشهادة الأصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيندفع اهـ فتح. **قوله**: (**ويدخل تحته**) أي يدخل

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

شهادة الواحد لأن الفرع قائم مقام الأصل معبر عنه بمنزلة رسوله في إيصال شهادته إلى مجلس القاضي فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الإخبار فإن رواية الواحد عن الواحد مقبولة، **ولنا قول علي رضي الله تعالى عنه: لا يجوز** على شهادة رجل إلا شهادة رجلين مطلقاً من غير تقييد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان، ولأن شهادة كل واحد من الأصلين حق من جملة الحقوق، والحق عند القاضي لا يثبت إلا بحجة تامة لأنها ملزمة للقاضي القضاء فلا بد من النصاب، فإذا تم وشهدا على شهادة أحدهما جاز أن يشهدا على الآخر أيضاً لأن الشاهدين يجوز لهما أن يشهدا على قضيات كثيرة، بخلاف امرأتين لأن النصاب لم يتم بهما وشرط العلة لم يثبت به شيء لأن المرأتين كرجل واحد، وبخلاف ما إذا شهد أحد الأصلين على صاحبه مع رجل آخر لأن شاهد الأصل يعلم الحادثة يقيناً فلا يستفيد بإشهاد صاحبه إياه شيئاً، ولأن معنى الأصالة يقتضي مشاهدة الحق ومعنى الفرعية يقتضي عدم المشاهدة فيتنافيان فلا يجوز، ولأن الفرع/ [٢٢٧/أ/٢] بدل عن الأصل فلا يتصوّر أن يكون الشخص الواحد بدلاً وأصلاً في حالة واحدة، ولأن شاهد الأصل يثبت نصف الحق والفرعان نصفه، ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه لأثبت ثلاثة أرباع الحق ولا نظير له في الشرع، ولا يقال: لو كان الفرع بدلاً لما جاز أن يشهدا مع أحد الأصلين إذ لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل، لأنا نقول: لم يجمع بينهما لأن الفرعين ليسا ببدل عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضر وقوله: إن شهد رجلان وقع اتفاقاً لأنه يجوز أن يشهد على الشهادة رجل وامرأتان لتمام النصاب، وكذا لا يشترط أن يكون المشهود

تحت قول المصنف تقبل إلخ: جميع الحقوق اهـ **قوله: (وقال مالك: إلخ)** في هذا النقل عن مالك نظر لأنه لا يجوِّز شهادة واحد على واحد اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال الإتقاني: قال مالك: وتجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والحقوق كلها، وذلك أن يشهد شاهدان على شهادة شاهدين يشهدان جميعاً على شهادة كل واحد من الشاهدين الأولين، ولا يصح أن يشهد واحد منهما على شهادة واحد من الشاهدين الأولين والشهادة على الشهادة في الزنا جائزة، وذلك أن يشهد أربعة على شهادة كل واحد من شهود الأصل الأربعة إلى هنا لفظ كتاب التفريع لأصحاب مالك اهـ وقال الإتقاني: عند قوله في الهداية: ولا تقبل شهادة واحد على واحد: وقال ابن أبي ليلى وأحمد والأوزاعي: يجوز كذا في شرح الأقطع اهـ **قوله: (ولنا قول علي رضي الله عنه: لا يجوز إلخ)** قال الإتقاني: وجه الاستدلال أن علياً رضي الله عنه جوّز شهادة الرجلين على شهادة رجل ولم ينف شهادتهما على شهادة رجل آخر ولم يشترط أن يكون بإزاء كل أصل فرعان على حدة فدل إطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعاً على شهادة الأصلين ولم يرو عن غير علي خلافه فحل

على شهادته رجلاً لأن للمرأة أيضاً أن تشهد على شهادتها رجلين أو رجلاً وامرأتين، ويشترط أن يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة لما بينا.

قال رحمه الله: (ولا تقبل شهادة واحد) أي لا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد **وقد بيناه وبينا الخلاف فيه**.

قال رحمه الله: (**والإشهاد** أن يقول: **أُشْهِدُ** على شهادتي أني أشهد أن فلاناً أقر عندي بكذا) وهذا صفة الإشهاد ولا بد منه أو ما يقوم مقامه **لأنه كالنائب** عنه فلا بد من التحميل والتوكيل، **ولا بد من أن يشهد** عنده كما يشهد عند القاضي **لينقله إلى** مجلس القضاء ويحصل ذلك بما ذكر هنا، ويقول له عند التحميل: أشهدني على نفسه إن شاء، وليس بلازم لأن من عاين الحق حل له أن يشهد وإن لم يشهده على نفسه، ولو قال: أشهد أني سمعت فلاناً يقر لفلان بكذا فاشهد أنت على شهادتي بذلك أو قال: أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهد أنت على شهادتي بذلك جاز لحصول المقصود به، ولا يقول: اشهد عليّ بذلك لأنه لفظ محتمل فإنه يحتمل أن يكون الإشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمراً بالكذب، وكذا لا يقول: اشهد بشهادتي لأنه يحتمل أن يكون أمراً بأن يشهد بمثل شهادته فيكون آمراً له بأن يشهد على أصل الحق وهو كذب.

قال رحمه الله: (وأداء الفرع أن يقول: أشهدأن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا، وقال لي: اشهد على شهادتي بذلك) وهذا صفة أداء الفرع عند الحاكم لأنه لا بد من شهادته، وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل والجملة تحصل بذلك، **وله لفظ أطول منه وأقصر** كلا طرفي الأمور ذميم وأوسطها صميم، **فالأطول منه أن**

محل الإجماع اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقد بيناه وبينا الخلاف فيه**) وهو أن عند مالك تقبل شهادة واحد على واحد اهـ قوله في المتن: (والإشهاد) أي إشهاد شاهد الأصل شاهد الفرع اهـ فتح. **قوله**: (**لأنه كالنائب إلخ**) قال الإتقاني: قوله لأن الفرع كالنائب عنه: ولا شك أن الفرع قائم مقام الأصل ونائب عنه، وكان ينبغي أن يقول: نائب عنه فقيل في تأويل قوله: كالنائب عنه لأن للقاضي أن يقضي بشهادة أصل واحد وفرعين عن أصل آخر ولو كان الفرع نائباً حقيقة لما جاز الجمع بين الأصل والخلف، كما لا يجوز الجمع بين الوضوء والتيمم اهـ **قوله**: (**ولا بد من أن يشهد**) أي شاهد الأصل عند الفرع اهـ **قوله**: (**لينقله**) أي لينقل الفرع شهادة الأصل اهـ (فرع) قال في الفتاوى الصغرى: شهود الفرع يجب أن يذكروا أسماء الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالوا للقاضي: نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما يشهدان بكذا، أو قالوا للقاضي: لا نسميهما لك أو قالا: لا نعرف أسماءهما لم تقبل حتى يسميا لأنهما تحملا مجازفة لا عن معرفة اهـ إتقاني. **قوله**: (**وله لفظ أطول منه وأقصر**) قال في الهداية: ولها قول أطول من هذا وأقصر منه وخير الأمور

يقول: أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أنه شهد أن فلان بن فلان أقر عنده وأشهده على نفسه أن لفلان بن فلان عليه ألف درهم، وقال لي: اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلاناً أقر عندي لفلان بكذا ففيه ثمان شينات، أو يقول: أشهد أن فلاناً شهد عندي بكذا وأشهدني على شهادته بذلك وأنا أشهد على شهادته بذلك **فيذكر فيه ست شينات، وما ذكره في المتن فيه خمس شينات**، والأقصر منه أن يقول: أمرني فلان أن أشهد على شهادته أن لفلان على فلان كذا، وأنا أشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه أربع شينات، **أو يقول**: **أشهد على شهادة فلان** بكذا فيذكر فيه شينين لا غير ذكره محمد في السير الكبير، وهو اختيار الفقيه أبي الليث وأبي جعفر وشمس الأئمة السرخسي رحمهم اللّه، وهو أسهل وأيسر وأقصر وروي أن أبا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فأخرج لهم الرواية من السير فانقادوا له/ . [٢٢٧ ب/٢]

قال رحمه اللّه: (ولا شهادة للفرع إلا بموت أصله أو مرضه أو سفره) لأن جوازها للحاجة عند عجز الأصل، والعجز يتحقق بهذا الأشياء والمراد بالمرض مالا يستطيع الحضور معه إلى مجلس الحكم لأن أداء الشهادة فرض فلا يسقط إلا بالعجز فإذا سقط جاز له أن يحمل غيره كيلا يُتْوى حقه، وهذا لأن تكليف ما لا يطاق غير

أوساطها قال الإتقاني: أي لشهادة الفرع عند الأداء لفظ أطول من الذي ذكره القدوري وهو كما قال الخصاف، ولفظ أقصر منه كما ذكر الشيخ أبو نصر اهـ **قوله**: (**في الشعر وأوسطها حميم**) في نسخة صميم. **قوله**: (**فالأطول منه أن يقول إلخ**) نسب الإتقاني هذا إلى الخصاف فقال: وذكر الخصاف أنه يكرر لفظ الشهادة ثمان مرات وذكره اهـ **قوله**: (**فيذكر فيه ست شينات**) قال الإتقاني: وذكر الجصاص أنه يكفي ثلاث شينات في الإشهاد وست في الأداء اهـ **قوله**: (**وما ذكره في المتن فيه خمس شينات**) أي كما ذكر القدوري في مختصره. **قوله**: (**أو يقول: أشهد على شهادة فلان إلخ**) قال الإتقاني: قال الشيخ أبو نصر البغدادي: ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات، وهو أن يقول: أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا، وما ذكره صاحب الكتاب أولى وأحوط لأن قوله: أشهد هو لفظ شهادته ثم يخبر بذلك بصفة ما يقع عليه شهادته، وهو التحميل، أما قوله: وقال لي: اشهد على شهادتي هو شرط عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: إن لم يذكر ذلك جاز وجه قولهما أنه إذا لم يقل: وقال لي: اشهد على شهادتي يحتمل أن يكون أمره أن يشهد بمثل شهادته، وذلك كذب ويحتمل أن يكون أمره على وجه التحميل فلا يجوز إثباته تحميلاً بالشك، ووجه قول أبي يوسف: أن أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن وأنه لا يكذب وليس ذلك إلا أن يحمل على أنه أراد التحميل فيصح، كذا في شرح الأقطع اهـ قوله: وما ذكره صاحب الكتاب وهو الهداية والذي فيها خمس شينات كما في

جائز، وأمر القاضي بالحضور إلى موضع المريض شنيع ولأنه يؤدّي إلى الحرج وربما يتفرغ للقعود في مجلس الحكم عند كثرة الأمراض والحرج مدفوع والسفر عذر ظاهر، ألا ترى أنه تعلقت به أحكام جمة من قصر الصلاة والفطر في الصوم وامتداد مدة المسح وسقوط الجمعة والأضحية وحرمة خروج المرأة من غير محرم أو زوج وغير ذلك من الأحكام، فكذا هذا الحكم، وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يقدر أن يبيت في منزله جاز الإشهاد إحياء لحقوق الناس، والأوّل أحسن لأن العذر يتحقق بذلك كما في سائر الأحكام والثاني وهو ما روي عن أبي يوسف أرفق لأن إحياء الحقوق واجب ما أمكن والشاهد أيضاً محتسب فلا يكلف ما فيه حرج، وفي البيتوتة في غير أهله حرج عظيم فيجوز الإشهاد على شهادته دفعاً للحرج عنه وإحياء لحقوق الناس، **وأخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية** وروي عن محمد رحمه اللّه أنها تجوز كيفما كان حتى روي عنه أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد فشهد الفروع على شهادته في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم، وقال في النهاية: ذكر شمس الأئمة السرخسي والقاضي الإمام علي السغدي في شرح أدب القاضي للخصاف رحمهم اللّه إذا شهد الفروع على شهادة الأصول، والأصول في المصر يجب أن يجوز على قولهما وعلى قول أبي حنيفة رحمه اللّه: لا يجوز بناء على أن التوكيل بغير رضا الخصم لايجوز عنده وعندهما يجوز وجه البناء أن المدعى عليه لا يملك إنابة غيره مناب نفسه في الجواب إلا بعذر، فكذا لا يملك الأصل إنابة غيره مناب نفسه في الشهادة إلا بعذر، والجامع أن استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود، وعندهما لما ملك المدعى عليه إنابة غيره مناب نفسه في الجواب من غير عذر، فكذا في الحضور إلى مجلس الحاكم.

قال رحمه اللّه: **(فإن عدّلهم الفروع صح)** لأن الفروع من أهل التزكية فصح تعديلهم شهود الأصل وكذا إذا عدّل أحد الشاهدين صاحبه لما ذكرنا، ولا تهمة فيه بتنفيذ شهادته لأن العدل لا يفعل ذلك، **ولو اتهم بمثله لاتهم في شهادته على نفس**

الكنز اهـ **قوله: (وأخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية)** قال الإتقاني: قال الفقيه: وبهذا القول نأخذ لأنه يلحقه المشقة في الحضور فصار حكمه حكم المريض والمسافر، وأما إذا كان دون ذلك فتلك مشقة قليلة فلا تعتبر تلك المشقة، وقال فخر الإسلام: وقول أبي يوسف حسن اهـ **قوله في المتن: (فإن عدلهم الفروع صح)** وروي عن محمد أن تعديلهما لا يكون صحيحاً لأن الفرع نائب عن الأصل فتعديله الأصل يكون بمنزلة تعديل الأصل نفسه، وجه ظاهر الرواية أن الفرع نائب عن الأصل في نقل عبارته إلى مجلس القاضي فإذا نقل عبارته

الحق وكان ينسد باب الشهادة وهو مفتوح وكيف يتهم به وشهادته لم تردّ بردّ شهادة صاحبه بل تقبل بضم آخر معه، وإن اتفق الردّ فهي إنما ترد لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره، وقيل: لا يقبل تعديل صاحبه للتهمة والأوّل أصح لأن العدل لا يتهم بمثله.

قال رحمه اللّه: (وإلا عدلوا) أي إن لم يعدّلهم الفروع عدلوا بسؤال غير الفروع عن الأصول **لأن المأخوذ** على الفروع النقل دون التعديل ولأنه قد يخفى عليهم فإذا نقلوا شهادتهم يتعرف القاضي عدالتهم كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا عنده وهذا قول أبي يوسف رحمه اللّه، وقال محمد رحمه اللّه: لا تقبل لأنهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون العدالة فحاصله أن القاضي إن كان يعرف الفروع والأصول/ [٢٢٨ / ٢/أ] بالعدالة قضى بشهادتهم، وإن عرف أحد الفريقين بالعدالة دون الآخر سأل عن الذين لم يعرفهم بها فإن عدل الأصول الفروع أو بالعكس جاز، وقال في النهاية: في غير ظاهر الرواية عن محمد أنه لا تثبت عدالة الأصول بتعديل الفرع والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق في ذلك بين أن يقول الفروع للقاضي لا نعرف حالهم أو لا نخبرك بحالهم.

قال رحمه اللّه: (**ولا تبطل شهادة الفرع بإنكار الأصل** الشهادة) أي الإشهاد ومعناه إذا قال شهود الأصل لم نعرفهم ولم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم، لأن التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الأصول وبين خبر الفروع لأن الأصول يحتمل أن يكونوا صادقين بذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال.

إلى مجلس القاضي فقد انتهى حكم النيابة وهو بمنزلة سائر الأجانب اهـ **قوله: (ولو اتهم بمثله لاتهم في شهادته على نفس الحق)** بأنه إنما يشهد ليصير قوله مقبولاً عند الناس وإن لم يكن له شهادة اهـ **قوله: (لأن المأخوذ)** أي الواجب على الفروع اهـ فتح. **قوله في المتن: (وتبطل شهادة الفرع بإنكار الأصل)** قال في الهداية: وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع، قال الكمال: لأن إنكارهما الشهادة إنكار للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في التحميل تعارض خبرهما بوقوعه، وخبر الأصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض اهـ وقال الإتقاني: لأن شرط صحة الشهادة التحميل فإذا أنكر شهود الأصل شهادتهم لم يوجد التحميل، فلا تصح شهادة الفرع لعدم الشرط اهـ وكتب ما نصه ومعنى المسألة أن يقول شهود الأصل: ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء شهود الفرع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة، أما مع حضرتهم فلا يلتفت إلى شهادة الفروع وإن لم ينكر شهود الأصل اهـ كافي. قال شيخنا رحمه اللّه: فظهر بما ذكر في الكافي وبما ذكره الشارح هنا أن الحكم واحد سواء أنكر الأصول شهادتهم بنفس الحادثة أو أنكروا إشهادهم الفروع على شهادتهم ولكن متن الكنز والهداية إنما هو على ما صوّره في الكافي لا على ما صوّره

قال رحمه اللّه: (ولو شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف، وقالا: أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة فقالا: لا ندري أهي هذه أم لا قيل للمدعي: هات شاهدين أنها فلانة) لأن التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما، والمدعي يدعي أن تلك النسبة للحاضرة ويحتمل أن تكون لغيرها فلا بد من إثبات تلك النسبة للحاضرة ونظيره إذا شهدوا ببيع محدود بذكر حدوده من غير معرفة عينه، وشهدوا على الخصم فلا بد من آخرين يشهدان أن المحدود بتلك الحدود في يد المدعى عليه ليصح القضاء به، وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده.

قال رحمه اللّه: (وكذا كتاب القاضي إلى القاضي) معناه أن القاضي إذا كتب إلى القاضي الآخر إن فلاناً وفلاناً شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعي امرأة عند القاضي المكتوب إليه وأنكرت المرأة أن تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها هي المنسوبة بتلك النسبة، كما في المسألة الأولى لما ذكرنا، ولا فرق بينهما إلا من حيث أن القاضي الكاتب لولايته ينفرد بنقل الشهادة إليه، وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين على كل أصل على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (**ولو قالا فيهما: التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها**) أي: لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة، وفي كتاب القاضي إلى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها وهو الجد الأعلى لأن التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة إلى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة إلى الخاصة، والنسبة إلى الفخذ خاصة لأن أول النسب **الشعب** ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان أخص من الكل، ذكره في النهاية وعزاه إلى الصحاح وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب النهاية الفصيلة آخر الكل فالشعب مجمع القبائل والقبيلة مجمع العمائر والعمارة مجمع البطون والبطن مجمع الأفخاذ، والفخذ مجمع الفصائل، خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة، وسمي الشعب شعباً لأن القبائل تتشعب منه والمقصود من النسب حصول

الشارح حيث قالا بإنكار الأصل الشهادة ولم يقولا بإنكار الإشهاد اهـ **قوله في المتن: (ولو قالا فيهما: التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها)** فسر صاحب الهداية الفخذ بالقبيلة الخاصة وفسرها العتابي بالأب الأعلى الذي ينسب أبوها إليه وذلك لأن بني تميم قوم لا يحصون فلا يحصل التعريف بذلك ما لم ينسبوا إلى القبيلة الخاصة اهـ إتقاني. **قوله:**

[٢٢٨ ب/٢] العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسب إلى الخاص دون العام وبنو تميم/ عام فلا يحصل العلم بالنسبة إليه، والفرغانية نسبة عامة، وكذا السمرقندية والبخارية والمصرية والأوزجندية خاصة، وكذا النسبة إلى السكة الصغيرة بخلاف المحلة الكبيرة ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه تعالى فذكر الفخذ أو الفصيلة **على اختلاف القولين** يقوم مقام الجد.

قال رحمه اللّه: (**ومن أقر أنه شهد زوراً يشهّر ولا يعزّر**) أي لا يضرب وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وقالا: يوجع ضرباً ويحبس وهو قول الشافعي رحمه اللّه، اتصل بشهادته القضاء أو لم يتصل لأنه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها حد مقدر فوجب التعزير إزالة للفساد، وإنما قلنا: إنها كبيرة لقوله عليه الصلاة والسلام: «أيها الناس عدلت شهادة الزور الإشراك باللّه ثم تلا قوله تعالى: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾ [الحج: ٣٠]»[(١)] وسأله رجل عن الكبائر فقال عليه الصلاة والسلام: «الإشراك باللّه وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور»[(٢)] **فإذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالإجماع**، وإنما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهم ما روي عن عمر رضي اللّه عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً **وسخم** وجهه، ولأبي حنيفة رضي اللّه تعالى عنه أن شريحاً رضي اللّه عنه كان يشهر

(**الشعب**) بفتح الشين اهـ فتح. **قوله**: (**على اختلاف القولين**) أي قول الزمخشري وقول صاحب الصحاح اهـ **قوله في المتن**: (**ومن أقرّ أنه شهد زوراً يشهر ولا يعزر**) قال في الهداية وفي الجامع الصغير: شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا، وقالا: يعزران وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك، فإنه لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي الشهادة والبينات للإثبات اهـ قال الإتقاني: قوله: وفائدته أي وفائدة وضع الجامع الصغير وهذا لأنه وضع المسألة فيه فيما إذا أقرا أنهما شهدا بزور وفائدته أنه لا يثبت كذب الشاهد إلا بإقراره، إذ لا سبيل إلى معرفة ذلك بالبينة لأن البينة إذا قامت على أنهما شهدا بغير حق فلا يلتفت إلى ذلك، لأن الشهادة على النفي لا تسمع اهـ **قوله**: (**فإذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالإجماع**) غير أنه اكتفى بتشهير حاله في الأسواق وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية، وهما أضافا إلى ذلك الضرب، وبقولهما قال الشافعي ومالك رحمهما اللّه اهـ كمال. **قوله**: (**وسخم**) يقال: سخم وجهه إذا سوّده من السخام وهو سواد القدور، وقد جاء بالحاء المهملة من الأسحم وهو الأسود، وفي المغني ولا يسخم

---

(١) أخرجه الترمذي في الشهادات (٢٢٩٩) وقال حديث غريب، وأبو داود في الأقضية (٣٥٩٩)، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٧٢).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (١٠/١٢١).

ولا يضرب وكان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقياً وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما يكونون، ويقول: إن شريحاً يقرئكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس، **وشريح رضي الله تعالى عنه** وإن كان تابعياً ولكنه زاحم الصحابة في الفتوى وسوّغوا له في الاجتهاد ورجعوا إلى قوله في المناظرة، فمن كان بهذه المثابة من أئمة التابعين فحكمه حكم الصحابة حتى روي عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه يقلدهم وعدّهم فقال: مثل مسروق والحسن وعلقمة وشريح ومن كان في رتبتهم من التابعين فيكون في الحقيقة على هذا تقليده للصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين، لتجويزهم فعلهم وقولهم لا سيما شريح فإنه كان قاضياً في زمن عمر رضي الله تعالى عنه ومن بعده من الخلفاء فيكون فعله مشهوراً بينهم وكيف لا يكون وهو بمحضر منهم فيكون تقليده تقليداً لهم ضرورة، **وما روي عن عمر كان سياسة** بدليل تبليغه أربعين وهو حد العبيد في القذف وبدليل تسخيمه، وهو مثله: لم يجز بالإجماع ولذا لم يقولوا به لنهيه عليه الصلاة والسلام عن المثلة، ولو كان في الكلب العقور، ولأن الضرب الشديد والتسخيم يمنعانه من الرجوع بعد الوقوع فلا يشرعان، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضاً وقال الإمام الحاكم أبو محمد الكاتب رحمه الله: وهذه المسألة على ثلاثة أوجه أحدها أن يرجع على سبيل التوبة والندامة فإنه لا يعزر بالإجماع، **والثاني أن يرجع من غير توبة وهو مصرّ على ما كان** فإنه يعزر بالإجماع والثالث أن لا يعلم رجوعه بأي سبب فإنه على الاختلاف الذي ذكرنا **قوله، ومن أقر أنه شهد زوراً تصريح** بأنه إنما

وجهه بالخاء والحاء اهـ كمال. **قوله: (وشريح رضي الله عنه)** هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال: أبو حنيفة لا يرى تقليد التابعي فقد روي عنه أنه قال: هم رجال ونحن رجال نجتهد فأجاب بما ذكر هنا اهـ **قوله: (وما روي عن عمر رضي الله عنه كان سياسة)** قال الكمال رحمه الله: وأما الجواب بأن ما روي من ضرب عمر والتسخيم كان سياسة فإذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله فقد يردّ بما ذكرنا من كتابة عمر به إلى عماله في البلاد، وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ إلى الأربعين ولا يبلغ بالتعزير إلى الحدود فليس بشيء لأن ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه، وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ خمس وسبعون وتسع وسبعون فجاز كون رأي عمر رضي الله عنه كذلك، وأما كون التسخيم مثلة منسوخة فقد يكون رأي عمر رضي الله عنه أن المثلة ليست إلا في قطع الأعضاء ونحوه مما يفعل في البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول اهـ **قوله: (والثاني أن يرجع من غير توبة وهو مصرّ على ما كان)** مثل أن يقول: شهدت في هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك اهـ فتح. **قوله: (قوله: ومن أقرّ أنه شهد زوراً تصريح إلخ)** قال الكمال: وشاهد

يجب التشهير أو التعزير على الاختلاف الذي ذكرنا على من أقر على نفسه أنه شهد كاذباً متعمداً، وأما إذا قال: غلطت أو نسيت أو أخطأت أو ردت شهادته لتهمة أو لمخالفة بين الشهادة والدعوى أو بين شهادتين فإنه لا يعزر لأنا لا ندري من هو [٢٢٩/٢/١] الكاذب منهم المشهود له أو الشاهدان أو أحدهما/ وقد يكذب المدعي لينسب الشاهد إلى الكذب ولا يمكن إثباته بالبينة لأنه من باب النفي والبينة حجة الإثبات ولا تهمة في إقراره على نفسه فيقبل إقراره ويجب عليه موجبه من الضمان والتغرير، وكذا إذا شهدوا بقتل شخص أو موته ثم جاء المشهود بقتله أو بموته حياً لتيقننا بكذبهم، والرجال والنساء وأهل الذمة في شاهد الزور سواء، وهل تقبل شهادته بعد ذلك إذا تاب قالوا: إن كان فاسقاً تقبل، لأن الذي حمله على الشهادة الباطلة فسقه، فإذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق، واختلفوا في مقدار مدة التوبة فقدره بعضهم بستة أشهر، وبعضهم بسنة والصحيح أنه مفوّض إلى رأي القاضي، وإن كان عدلاً أو مستوراً لا تقبل شهادته أبداً لأن عدالته لا تعتمد، وروى الفقيه أبو جعفر عن أبي يوسف أن شهادته تقبل وبه يفتى فتخلص لنا من جميع ما ذكرنا في هذا الكتاب أن الشهادة ترد بسبب التهمة، وسببها أنواع إما معنى في الشاهد وهو الفسق والعمى، وإما معنى في المشهود له وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد كقرابة الولاد والزوجية، وإما لدليل شرعي وهو في حق المحدود في القذف بعد التوبة لأن اللّه تعالى جعل عجزه عن الإتيان بأربعة شهداء دليل كذبه بقوله تعالى: ﴿فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند اللّه هم الكاذبون﴾ [النور: ١٣] واللّه أعلم.

الزور لا يعرف إلا بإقراره بذلك، ولا يحكم به برد شهادته بمخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعي له، إذ قد يكون محقاً في المخالفة أو للمدعي غرض في أذاه، وزاد شيخ الإسلام أن يشهد بموت واحد فيجيء حياً اهـ

كتاب الرجوع عن الشهادة

اعلم أن الشهادة فرض لقوله تعالى: ﴿وأقيموا الشهادة للّه﴾ [الطلاق:٢] وقوله تعالى: ﴿ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وقال عليه الصلاة الصلاة والسلام: «كاتم الشهادة كشاهد الزور»[١]. وشهادة الزور من الكبائر على ما بينا، وقال عليه الصلاة والسلام: «الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه ملائكة السموات والأرض» فيجب على كل مسلم الاجتناب عنها وإذا وقعت منه خطأ أو عمداً يجب عليه أن يتوب والتوبة عنها لا تصح إلا عند الحاكم ولا يمنعه عنها الاستحياء من الناس وخوف اللائمة لأن الاستحياء من الخالق أولى من الاستحياء من المخلوق، وفيه تدارك ما أتلفه بالزور لأن رجوعه مقبول في حق نفسه وإن لم يقبل في حق المدّعي ثم ركن الرجوع أن يقول: رجعت عما شهدت به أو شهدت بزور فيما شهدت وشرطه أن يكون في مجلس القاضي **وحكمه بعد القضاء** التعزير والضمان **وقبله التعزير فقط**.

كتاب الرجوع عن الشهادة

لما كان هذا أبحاث رفع الشهادة وما تقدم أبحاث إثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم عن ذلك للموازاة بينهما، وإلا فليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتاباً كما لذاك ولتحققه بعد الشهادة، إذ لا رفع إلا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليمه بعده، كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبته بشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالباً إلا لتقدمها عمداً أو خطأً اهـ كمال رحمه اللّه. قال الكاكي عقب الرجوع عن الشهادة؛ الشهادة: إذ الرجوع يقتضي سبق الشهادة وله مناسبة خاصة بشهادة الزور إذ الرجوع عن الشهادة مسبب عن شهادة الزور، ثم للرجوع ركن وهو قول الشاهد: شهدت بزور وهو أن يكون عند القاضي أيّ قاض كان فيختص بمجلس القاضي اهـ **قوله: (وحكمه بعد القضاء)** قالوا: ويعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده، ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر في أنه توبة عن تعمد الزور إن تعمد، أو التهوّر والعجلة إن كان أخطأ فيه والتعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر اهـ كمال. وكتب ما نصه قال الإتقاني: وحكمه إيجاب التعزير على كل حال سواء رجع قبل اتصال القضاء بالشهادة أو بعد اتصال القضاء والضمان مع التعزير إن رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالاً وقد

---

(١) أخرجه الديلمي (٤٨٩٨).

قال رحمه الله: (**ولا يصح الرجوع إلا عند القاضي**) لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس الحاكم، أيّ حاكم كان كالفسخ في باب البيع حيث يشترط لصحته ما يشترط في البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين، ولأن الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور **والتوبة بحسب الجناية** على ما قال عليه الصلاة والسلام: «السر بالسر والعلانية بالعلانية»[1]. فإذا كانت الجريمة بحضرة الحاكم يجب أن تكون توبتها كذلك، فإذا كان الرجوع عند غيره غير صحيح فلو أقام المقضي عليه بشهادتهما بينة بأنهما رجعا عند غير القاضي أو طلب يمينهما لا تقبل بينته **ولا يحلفان، لأنه ادّعى رجوعاً باطلاً** بخلاف ما إذا أقر أنهما رجعا عند غير القاضي حيث يصح إقرارهما، وإن أقرا برجوع باطل لأن إقرارهما به يجعل رجوعاً منهما في الحال وبخلاف / ما إذا أقام البينة أنهما رجعا عند قاض آخر غير الذي [٢٢٩ب/٢] كان قضى بالحق حيث تقبل هناك بينته لأنه ادّعى رجوعاً صحيحاً.

أزاله بغير عوض اهـ **قوله**: (**وقبله التعزير فقط**) أي بالضرب عندهما وبالتشهير عند أبي حنيفة على ما تقدم في شاهد الزور اهـ **قوله في المتن**: (**ولا يصح الرجوع إلا عند القاضي**) قال الكمال: سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره اهـ وهو بمعنى قول الشارح: أيّ حاكم كان اهـ وكتب ما نصه قال الكمال: وزاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال وإليه أشار المصنف حيث قال: وإذا لم يصح في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما أنهما لم يرجعا لا يحلفان، وكذا لو أقام بينة على هذا الرجوع لا تقبل لأنه ادَّعى رجوعاً باطلاً، وإقامة البينة وإلزام اليمين لا يقبل إلا على دعوى صحيحة ثم قال: حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل فهذا ظاهر في تقيد صحة الرجوع بذلك، ونقل هذا عن شيخ الإسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع أو بالضمان وترك بعض المتأخرين من مصنفي الفتاوى هذا القيد وذكر أنه إنما تركه تعويلاً على هذا الاستبعاد، ويتفرع على اشتراط المجلس أنه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شيء، ولو ادَّعى عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع اهـ **قوله**: (**والتوبة بحسب الجناية**) قال الإتقاني: والجناية كانت مختصة بمجلس القضاء فينبغي أن تكون التوبة عنها، وهي الرجوع عن الشهادة الباطلة مختصاً بمجلس القضاء أيضاً ألا ترى إلى ما روي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه بعثه إلى اليمن فقال معاذ: أوصني يا رسول الله قال: «عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت واذكر الله تعالى عند كل شجر وحجر وإذا عملت شراً فأحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية» اهـ **قوله**: (**ولا يحلفان لأنه ادَّعى رجوعاً باطلاً**) وإقامة البينة وإلزام اليمين لا يقبل إلا

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٢٠/١٥٩) برقم (٣٣١).

قال رحمه الله: (**فإن رجعا قبل حكمه لم يقض بها**) لأن كلامهما متناقض **فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض** ولا ضمان عليهما لأحد من الخصمين **لأنهما لم يتلفا شيئاً على أحد بهذه الشهادة،** لأن الشهادة لم يثبت بها الحق إلا بالقضاء فلم يتلفا على المدّعى عليه شيئاً ولا على المدّعي لأن عدم ثبوت حقه لا يضاف إلى رجوعهما، بل هو باق على أصل العدم على ما كان، غاية الأمر أن يقال: لولا رجوعهما لقضي بشهادتهما ولثبت له الحق، لكن ذلك لا يوجب الضمان كما لو أبيا أن يشهدا ابتداء، ولأن القاضي إنما يقضي بشهادتهما إذا ثبتت عدالتهما عنده وغلب على ظنه أنهما صادقان، ولايعرف ذلك إلا بعد الحكم لجواز أن يجرّحا، ولأن المدّعي على دعواه فلعله يشهد له غيرهما من العدول فيثبت حقه ولا يتوى، ولئن توى فهو مضاف إلى عجزه لا إليهما.

قال رحمه الله: (**وبعده لم ينقض**) أي إذا رجعوا بعدما حكم الحاكم بشهادتهم

على دعوى صحيحة اهـ كمال. **قوله في المتن: (فإن رجعا قبل حكمه لم يقض بها)** حيث قالوا: نشهد بكذا لا نشهد به اهـ فتح. وكتب مانصه قال الكمال: وكان أبو حنيفة أوّلاً يقول: ينظر إلى حال الشهود إن كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الأداء في العدالة صح رجوعهم في حق نفسه وفي حق غيره فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وإن كانوا عند الرجوع كحالهم عند الأداء أو دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد، وهذا قول أستاذه حماد بن أبي سليمان ثم رجع إلى أنه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال فلا ينقض القضاء، ولا يرد المال على المقضي عليه لما قلنا وهو قولهما اهـ وكتب ما نصه قال الإتقاني: ولو شهد عند قاض ورجع عند قاض آخر يصح ويجب الضمان عليه، لكن إذا قضى عليه هذا القاضي بالضمان كما لو رجع عند القاضي الذي شهد عنده إنما يجب عليه الضمان إذا قضى القاضي عليه بالضمان ونقله عن شرح شيخ الإسلام خواهر زاده، ثم قال: وكان أستاذنا فخر الدين البديع[1] يستبعد توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع أو بالضمان اهـ **قوله: (فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض)** ولأنه أي كلامه الذي ناقض به وهو المتأخر في احتماله الصدق كالأول فليس القضاء بأحدهما بعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما اهـ كمال. **قوله: (لأنهما لم يتلفا شيئاً على أحد بهذه الشهادة)** أي لأن الشهادة لا يتعلق بها حكم قبل القضاء فإذا لم يقض القاضي بها صار وجودها وعدمها سواء فسقطت اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وبعده لم ينقض)** وذلك لأن الشاهد لما أكذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه والقضاء بالكلام

---

(١) هو أبو بكر بن محمد بن أحمد التُوبني النّسفي المتوفى سنة (٩٦٨). انظر الجواهر المضية (٤/ ٢٤).

لم يفسخ الحكم لأن كلامهما متناقض فكما لا يحكم بالمتناقض لا ينقض الحكم بالمتناقض لأنهما مستويان في الدلالة على الصدق، وقد ترجح الأوّل باتصال القضاء به فصار نظير ما لو شهدا أن عمراً قتله بكر بالكوفة، وشهد آخران أنه قتله بمصر فإنهما قبل القضاء يردّان وبعده لا ينقض لترجحه باتصال القضاء به، ولأنه لو نقض أدّى إلى النقض إلى ما لا يتناهى برجوعه عن الرجوع ثم برجوعه عن هذا الرجوع الأخير إلى غير نهاية.

قال رحمه اللّه: (وضمنا ما أتلفاه للمشهود عليه إذا قبض المدّعي المال ديناً كان أو عيناً) **لأن التسبيب على وجه التعدّي** يوجب الضمان كحفر البئر ووضع الحجر على الطريق، وقد وجد ذلك منهما وقال الشافعي رحمه اللّه: لا يضمنان **لأنه لا عبرة للتسبيب مع وجود المباشرة**، قلنا: لا يمكن إيجاب الضمان على القاضي عند رجوع

المتناقض لا يجوز فلا يفسخ القاضي حكمه بالرجوع، ولأن الرجوع ليس بشهادة بدليل أنه لا يشترط فيه لفظ الشهادة وما ليس بشهادة لا يبطل به الحكم اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وضمنا إلخ)** قال الإتقاني: وهو مذهب مالك وأحمد بن حنبل وقال في شرح الأقطع: قال الشافعي في قوله الجديد: لا ضمان عليهم له أنه اجتمع في هذا الإتلاف السبب والمباشرة ولا عبرة بالسبب مع وجود المباشرة فسقط حكم السبب فلا يجب الضمان على الشهود، كالحافر مع الدافع ولنا أن الشهود لما رجعوا علم أن المال وصل إلى المقضي له بغير حق لأن القاضي قضى بشهادتهم، وشهادتهم كانت باطلة وتسليم مال الغير إلى الغير موجب للضمان والضمان لا يجب على المقضي له ولا على القاضي بالإجماع، أما على المقضى له فلأن رجوع الشاهد لا يصح في حق الغير، وأما على القاضي فلأنه كالملجأ على القضاء لأن القضاء فرض عليه بما ثبت عنده ظاهراً حتى لو لم ير وجوب القضاء يكفر، ولو رأى ذلك ومع هذا أخر القضاء يفسق، وإذا كان كالملجأ كان معذوراً في قضائه، ثم لما لم يجب الضمان على المقضى له وعلى القاضي فتعين إيجاب الضمان على الشهود لأنهم صاروا سبباً لإزالة مال متقوم للغير بغير حق، كما لو شهدوا بالعتق ثم رجعوا اهـ مع حذف.
قوله: (لأن التسبيب على وجه التعدي إلخ) وذلك لأنهما أقرّا بأنهما تعديا ووضعا الشهادة في غير موضعها وصار ذلك سبباً إلى تلف المال، والإتلاف بسبب إذا كان بسبيل التعدي يوجب الضمان كما في حافر البئر وواضع الحجر على قارعة الطريق غاية ما في الباب أن كلام الشهود متناقض، ولا يمنع ذلك صحة القضاء لكونه غير متهم على نفسه، ولا يسترد المال من المحكوم له لأن رجوع الشاهد صح في حق نفسه لا في حق غيره اهـ إتقاني.
قوله: (لأنه لا عبرة للتسبيب مع وجود المباشرة) قلنا: المباشر القاضي والمدّعي ولا ضمان على القاضي اتفاقاً لأنه كالملجأ إلى مباشرة القضاء الذي به الإتلاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة، وإذا ألجأه الشرع لا يضمنه، وأما المدعي فلأنه أخذه

الشهود وإن كان مباشراً لأنه ملجأ من جهتهما، فإن القضاء واجب عليه بعد ظهور عدالتهماحتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر ولو أوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاؤه من المدعي لأن الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب عند تعذر إضافة الحكم إلى صاحب العلة كوضع الحجر على الطريق، ومن العجب أن الشافعي رضي الله تعالى عنه يوجب القصاص على شهود القصاص إذا رجعوا بعدما قتله الولي وهو يسقط بالشبهة وأمر الدم أعظم ثم لا يوجب عليهم المال وهو يثبت مع الشبهة، ويقول: إن القاضي ملجأ ولا يقول ذلك في المال وهذا تناقض ظاهر، ولايقال: أنتم أيضاً تناقض قولكم فإنكم أوجبتم على الشاهد المال إذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل واحد منهما جزاء الجناية، لأنا نقول: القصاص نهاية العقوبة فلا يجب إلا بنهاية الجناية والتسبيب فيه قصور ولهذا لا يعتبر مع المباشر إلا إذا تعذر اعتبار المباشر فكانت فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال، ألا ترى أن القصاص لا يجب في الخطأ والمال يجب والخطأ أقوى من التسبيب لوجود المباشرة فيه، ولهذا يوجب حرمان الإرث بخلاف التسبيب / فأولى أن يسقط به القصاص، وقوله: إذا قبض المدّعي المال ديناً كان أو عيناً وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، لأن الإتلاف يتحقق بقبض المدّعي ماله، ولا فرق في ذلك بين العين والدين، **وقال شيخ الإسلام** إن كان المشهود به ديناً فكذلك **وإن كان عيناً يجب على الشهود الضمان، وإن لم يقبض المشهود له لأن**

[٢٣٠/١ ب]

بحق ظاهر ماض لأن خبر الرجوع ليس أولى من الأول لينقض الحكم، وإذا لم ينقض لا يمكن جبره على إعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعاً، وإذا تعذر الإيجاب على المباشر تعين على المتعدّي بالتسبيب اهـ فتح. **قوله**: (**وقال شيخ الإسلام**) أي: خواهر زاده اهـ **قوله**: (**وإن كان عيناً يجب على الشهود الضمان**) قال الإتقاني رحمه الله: وجه قول السرخسي في شرط القبض لضمان العين أن قضاء القاضي بالملك للمقضى له في زعم المقضى عليه باطل والمرء مؤاخذ بزعمه فلا يضمن الشهود ما لم يخرج الملك عن يده اهـ **قوله**: (**وإن لم يقبض المشهود له**) وإلى هذا ذهب شمس الأئمة البيهقي في قسم المبسوط من الشامل فقال: شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمته قبضه المشهود له أم لا لأنهما أزالا ملك الآخر عن العين المقضى به أو لأنهما حالا بينه وبين ماله وإن كان المشهود به ديناً ثم رجع الشهود قبل قبض الدين لا يضمنون لأنهما أتلفا وما حالا ولأنهما أو جبا ديناً، ولا يوجب ضمان العين لأن ضمان العدوان مقيد بالمثل ولا مماثلة بين الدين والعين لا جرم لو قبض المشهود له وصار عيناً يضمن إلى هنا لفظ الشامل اهـ إتقاني. (فروع) شهدا أنه أجله إلى سنة ثم رجعا ضمناه حالاً، ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على

الضمان مقيد بالمماثلة، ففي العين زوال ملك المشهود عليه عنها بالقضاء، ألا ترى أن المقضي عليه لا يجوز له أن يتصرف فيها **وجاز للمقضى له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه** عنه حتى يقبضه فلو رجع عليه قبله لم تتحقق المماثلة، إذ لا مماثلة بين أخذ العين وإيجاب الدين وفي العين تتحقق، وكذلك في العقار يضمنه قبل القبض عندهم لأن العقار يضمن بالإتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه لعدم تحققه فيه، وهذا الإتلاف يتحقق فيه لأنه إتلاف بالكلام فصار كالوديعة فإنه لو أودع العقار عند شخص فأقر به المودع لغيره، فإنه يضمن للمودع لتحقق الإتلاف فيه بهذا الطريق وإن لم يتحقق بطريق الغصب، وإن شهدا عليه بأنه أبرأه من الدين أو حلله أو تصدّق عليه به أو وهبه إياه ثم رجعا ضمنا المال المشهود به، لأن الدين يصير مالاً في العاقبة بالقبض فيتحقق الإتلاف فيه بخلاف ما إذا شهدا بالعفو عن القصاص، ثم رجعا حيث لا يضمنان لأن القصاص ليس بمال لأن المال غير الآدمي.

قال رحمه اللّه: (فإن رجع أحدهما ضمن النصف **والعبرة لمن بقي لا لمن رجع**) وهذا هو الأصل في باب الرجوع عن الشهادة، ولولا ذلك لوجب الضمان مع بقاء من

المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة، شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك، ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لأنه كالعوض وإن لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع، شهدا أنه باع عبده بخمسمائة إلى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير البائع بين رجوعه على المشتري إلى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالّة ولا يضمنهما الخمسمائة، فإن ضَمَّنَ الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن إذا حل الأجل لأنهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل اهـ كمال مع حذف فروع منه. **قوله**: (**لأن الضمان**) أي ضمان الإتلاف وضمان الإتلاف إلخ اهـ فتح. **قوله**: (**وجاز للمقضي له ذلك وفي الدين لايزول ملكه**) وشمس الأئمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين: إن الملك وإن ثبت فيه للمدّعي بمجرد القضاء لكن المقضي عليه يزعم أن ذلك باطل لأن المال الذي في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيئاً ما لم يخرج من يده، قال البزازي رحمه اللّه في فتاواه: والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال أو لا اهـ كمال. قال في الخلاصة: ما نصه الشاهدان إذا رجعا عن شهادتهما رجوعاً معتبراً يعني عند القاضي لا يبطل القضاء لكن ضمنا المال الذي شهدا به، وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما وعليه الفتوى سواء قبض المقضي له المال الذي قضي به أو لم يقبض وكذا العقار اهـ **قوله في المتن**: (**والعبرة لمن بقي لا لمن رجع**) قال الإتقاني رحمه اللّه: والأصل هنا ما ذكروا في شرح الجامع الكبير أن العبرة في

يقوم بكل الحق بأن بقي النصاب، وفي هذه المسألة بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف، ولا يقال: لا يجوز أن يثبت الحكم ببعض العلة فوجب أن لا يبقى به أيضاً، لأنا نقول: يجوز أن يبقى الحكم ببعض العلة وإن لم يثبت به ابتداء **كالحول المنعقد على النصاب يبقى** ببقاء بعض النصاب، وإن لم ينعقد به ابتداء.

قال رحمه اللّه: (فإن شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن) لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق لأن شهادة شاهدين تكفي لثبوت الحق في غير الزنا، والكلام فيه وقد بقيت فصار الحق مستحقاً بها والاستحقاق يمنع وجوب الحق كمن أتلف مال إنسان ثم استحق المتلف ببينة لا يضمن للأوّل شيئاً فكذا هذا.

قال رحمه اللّه: (وإن رجع آخر ضمنا النصف) لأنه بقي منهم واحد فيبقى ببقائه نصف الحق، ولا يقال: ينبغي أن لا يضمن الراجع الأوّل لأن التلف كان مضافاً إلى الباقين ولهذا لم يضمن شيئاً برجوعه، لأنا نقول: التلف مضاف إلى المجموع إلا أنه عند رجوع الأوّل لم يظهر أثره لمانع وهو بقاء الشاهدين فلما رجع آخر ظهر أثره، إذ لم يبق إلا من يقوم بنصف الحق فيغرمان النصف، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر وهذا كما يلزم جميعهم الضمان إذا رجعوا وهم ثلاثة وليس لواحد منهم أن يقول: لا يلزمني الضمان لأني لو رجعت وحدي لما وجب عليّ فلا يجب عليّ الضمان برجوع غيري.

قال رحمه اللّه: (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت الربع) لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء رجل وامرأة إذ الرجل وحده بالنصف.

قال رحمه اللّه: (وإن رجعتا ضمنتا النصف) لأنه ببقاء الرجل/ بقي نصف [٢٣٠ب/٢] الحق، وعلى هذا لو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجل وامرأة **فعليهما الربع أثلاثاً**، وإن رجع رجلان فعليهما النصف، وإن رجعت امرأتان فلا شيء عليهما وهو ظاهر.

الرجوع لبقاء من بقي لا لرجوع من رجع وأن الشاهد في رجوعه يضمن للمشهود عليه ما أثبت بشهادته للمشهود له ورجوعه يعتبر في حق الضمان عليه لا في إبطال ما ثبت للمشهود له، وإنما قلنا: العبرة لبقاء من بقي لأنه لو كانت العبرة لرجوع من رجع لزم أن يكون الضمان واجباً على الراجع مع بقاء الحق عند وجود المبقي، كما إذا رجع أحد الثلاثة لأنه لو كان كذلك لكان ضمان الإتلاف بلا تلف وهو فاسد إذ الحق باق لم يتلف منه شيء ببقاء الشاهدين اهـ **قوله: (كالحول المنعقد على النصاب يبقى إلخ)** قال الكمال: وأما ما أورد من أنه ينبغي إذا رجع واحد من الاثنين لا يبقى شيء من المال لأن الواحد لا يثبت بشهادته شيء أصلاً فيقتضي أن يضمن الواحد الراجع كل المال فهو مصادم للإجماع على نفيه، وإنما كان الإجماع على نفيه لأن عدم ثبوت شيء بشهادة واحد إنما هو في الابتداء، ولا يلزم في حالة البقاء ما يلزم في الابتداء وحينئذٍ فبعد ما ثبت شيء بشهادة اثنين نسب إلى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصة منه بشهادته فتبقى هذه

قال رحمه اللّه: (**وإن شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان لم يضمنّ**) لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو الرجل والمرأتان.

قال رحمه اللّه: (**فإن رجعت أخرى ضمنّ** ربعه) لأنه ببقاء الرجل والمرأة بقي ثلاثة أرباع الحق النصف بالرجل والربع بالمرأة.

قال رحمه اللّه: (**وإن رجعوا فالغرم** بالأسداس) يعني سدسه على الرجل وخمسة أسداسة على النسوة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لأنهن) وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد **ولهذا لا تقبل شهادتهنّ إلا** بانضمام رجل فعلم بهذا أن الحجة لا تتم بهنّ ما لم يشهد معهنّ رجل فكان الثابت بشهادته نصف الحق وبشهادتهنّ النصف، وهذ لأن الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة فلا تتم الحجة إلا بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء فإذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع، والنصف الآخر ثبت بشهادتهنّ فعليهنّ ضمانه عند الرجوع، **ولأبي حنيفة** رحمه اللّه أن كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد، قال عليه الصلاة والسلام: «في نقصان عقلهنّ عدلت شهادة كل اثنتين بشهادة رجلٍ واحد فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم أسداساً، وعدم الاعتداد بكثرتهنّ عند انفرادهنّ لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهنّ عند الاجتماع مع الرجال، ألا ترى أن كل اثنتين منهنّ في الميراث تقومان مقام ابن واحد وعند انفرادهنّ لهنّ الثلثان فلا يزداد نصيبهنّ وإن اختلطن بابن يزيد فيعتدّ بكثرتهنّ فكذا هنا، وإن رجع النسوة العشر دون الرجل **كان عليهنّ نصف الحق بالاتفاق لأنه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل** وكذلك إذا رجع

الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفاً لها برجوعه اهـ **قوله**: (**فعليهما الربع أثلاثاً**) ثلثا الربع وهو سدس على الرجل وثلث الربع وهو نصف سدس على المرأة اهـ **قوله في المتن**: (**فإن رجعت أخرى ضمنّ**) أي النسوة التسع الراجعات اهـ **قوله في المتن**: (**وإن رجعوا**) أي الرجل والنسوة اهـ **قوله**: (**ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل**) فصارت شهادة عشر نسوة كشهادة امرأتين اهـ غاية. **قوله**: (**ولأبي حنيفة**) أي لأبي حنيفة أن الشرع جعل شهادة المرأتين عند الاختلاط بمنزلة شهادة رجل واحد فتصير شهادة عشر نسوة بمنزلة شهادة خمسة رجال، فصار كأن الشهود كانوا ستة رجال فرجعوا جميعاً فوجب الضمان أسداساً اهـ غاية. **قوله**: (**كان عليهن نصف الحق بالاتفاق**) على اختلاف التخريج فعندهما لأن الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده[1] اهـ فتح. **قوله**: (**لأنه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل**) كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة، ثم ليست إحداهن أولى بضمان النصف

---

(١) في العبارة سقط واللّه أعلم.

الرجل وحده عليه نصف الحق لبقاء من يقوم بالنصف، وقال في المحيط: إن رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شيء على النسوة لأنهنّ وإنه كثرن يقمن مقام رجل واحد، وقد بقي من النساء من يثبت بشهادتهنّ نصف الحق فيجعل الراجعات كأنهنّ لم يشهدن وهذا سهو بل يجب أن يكون النصف أخماساً عنده وعندهما أنصافاً، **وذكر الإسبيجابي** أنه لو رجع رجل وامرأة كان النصف بينهما أثلاثاً ولو كان كما قال: لما وجب على المرأة شيء، **وإن شهد رجلان وامرأة** ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف الحكم إليه **بخلاف ما إذا شهد رجلان وامرأتان، ولو شهد رجل وثلاث نسوة** ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان وعليهنّ ثلاثة الأخماس على الأصل الذي تقدّم، ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا يجب على المرأة شيء، وعنده عليه وعلى الراجعة أثلاثاً على ما تقدم.

قال رحمه اللّه: (**وإن شهد رجلان عليه أو عليها بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا**) سواء كانت هي المدعية أو هو ومراده هذا بقوله: عليه أو عليها لأن المشهود

من الآخريين اهـ فتح. **قوله:** (**وذكر الإسبيجابي أنه لو رجع رجل وامرأة إلخ**) ما ذكره في المحيط، وكذا في الاختيار على قولهما: وما ذكره الإسبيجابي بناء على قول أبي حنيفة بدليل ما ذكر آخر المسألة من قوله ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما إلخ فلا سهو إذاً كذا أفاد شيخنا البرهان الطرابلسي اهـ **قوله:** (**وإن شهد رجلان وامرأة**) قال الإتقاني: هذه من مسائل المبسوط وإنما لم يجب الضمان على المرأة لأنه لم يقض بشهادتها لأنها نصف شاهد فلا يضاف الحكم إلى بعض العلة اهـ **قوله:** (**بخلاف ما إذا شهد رجلان وامرأتان**) أي ثم رجعوا فالضمان أثلاث لأن المرأتين قامتا مقام رجل واحد فكأنه شهد ثلاثة رجال اهـ **قوله:** (**ولو شهد رجل وثلاث نسوة إلخ**) قال في الشامل في قسم المبسوط: شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل والمرأة نصف المال أثلاثاً في قياس قول أبي حنيفة وعندهما يضمن الرجل نصف المال ولا تضمن المرأة لأن عندهما الثابت بشهادة النساء نصف الحق، وبقي بشهادة المرأتين نصف الحق وعند أبي حنيفة الحق بشهادة الرجال والنساء على الشيوع، ثم تقام كل امرأتين مقام رجل فثلاث نسوة يقمن مقام رجل ونصف فإن رجعوا جميعاً فعندهما أنصافاً وعنده أخماساً على النسوة ثلاثة أخماس إلى هنا لفظ الشامل اهـ إتقاني. **قوله في المتن:** (**وإن شهد رجلان عليه أو عليها بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا**) قال الإتقاني: وإنما لم يجب الضمان لأن الضمان يستدعي المماثلة لقوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾

عليه أتلفا عليه شيئاً بعوض يقابله والإتلاف بعوض كلا إتلاف، فإن قيل: هذا يستقيم في حقها لأنهما أتلفا عليها البضع بعوض متقوم، وأما في حق الزوج فغير مستقيم/ لأن البضع غير متقوم وأتلفا عليه المال المتقوم بمقابلته فوجب أن يضمنا له مطلقاً، **قلنا: البضع متقوم حال دخوله** في الملك والكلام فيه. [٢٣١/٢/ب]

قال رحمه الله: (**وإن زادا** عليه ضمناها) أي إن زادا على مهر المثل ضمنا الزيادة هذا إذا كانت هي المدّعية للنكاح وهو ينكر **لأنهما أتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض**، ولم يذكر الحكم فيما إذا شهدا عليها بالنكاح بأقل من مهر المثل فحكمه أنهما لا يضمنان لها شيئاً لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف فلا يضمن بالمتقوم إذ التضمين يستدعي المماثلة، وإنما يضمن ويتقوم بالتملك ضرورة إبانة خطر المحل فصار الأصل أن المشهود به إذا لم يكن مالاً كالقصاص والنكاح لا يضمن الشهود عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى، وإن كان مالاً فإن كان الإتلاف بعوض يعادله فلا ضمان عليهم لما ذكرنا، وإن كان بعوض لا يعدله لايضمن بقدر العوض ويضمن الزيادة لخلوّها من العوض، وتخرّج المسائل على هذا ولو شهدا عليها بقبض مهرها أو بعضه فقضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا ضمنا لها لأنهما أتلفا عليها [مالاً][1] وهو المهر قليلاً كان أو كثيراً دون البضع، ولو شهدا عليها أنه تزوّجها على ألف ومهر مثلها خمسمائة وأنها قبضت الألف وهي تنكر فقضى بشهادتهما ثم رجعا ضمنا لها مهر المثل لا المسمى، لأن حق الاستيفاء لم يثبت لها فيه إذ لم يقض بوجوبه لأن القضاء بالنكاح مع قبض المهر قضاء بإزالة ملكها عن

[البقرة: ١٩٤]، ولا مماثلة بين العين والمنفعة التي هي العرض، أعني منفعة البضع فلا يجب الضمان كما في إتلاف سائر المنافع المغصوبة، حيث لا يجب الضمان عندنا خلافاً للشافعي ولأن منفعة البضع لا قيمة لها عند الخروج عن ملك المرأة، ألا ترى أن امرأة مريضة لو زوّجت نفسها بأقل من مهر المثل لم يجب لها كمال المهر بخلاف ما لو باعت في مرض موتها شيئاً بأقل من قيمته، وإنما لم يجب للبضع قيمة عند الدخول في ملك الزوج إبانة لخطر المحل اهـ كلام الإتقاني رحمه الله. **قوله**: (**قلنا: البضع متقوّم حال دخوله إلخ**) وفي الذخيرة ومنافع البضع تعتبر مالاً عند الدخول فصلحت عوضاً، ولهذا يجوز للأب أن يزوّج ابنه الصغير بمهر المثل من مال الصغير والأب لا يملك إزالة مال الصغير إلا بعوض، ولا يملك الأب خلع ابنته الصغيرة بمالها وإن كان المسمى مثل مهر المثل اهـ كاكي. **قوله في المتن**: (**وإن زادا**) وفي بعض النسخ زاد بلفظ الإفراد وعليها شرح العيني اهـ **قوله**: (**لأنهما أتلفاه على الزوج قدر الزيادة بلا عوض**) حيث لم يدخلا بإزائها شيئاً اهـ **قوله**:

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

المعقود عليه لا قضاء بالمسمى لأنه إذا كان مقبوضاً لا يحتاج إلى القضاء به فلم تقع الشهادة بالقبض إتلافاً للمسمى لعدم وجوبه أصلاً بل وقعت إتلافاً للبضع فيضمنان قيمته هكذا ذكره في التحرير وهو وارد على ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث أنه أوجب على الشهود قيمة البضع مع عدم وجوبه بالقضاء، ومقتضى المذهب أن لا يجب شيء على ما بينا وهو أن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف، وإنما يتقوم على الزوج عند تملكه إياه، ولو شهدا بالنكاح على ألف ولم يشهدا بالقبض حتى قضى به ثم شهدا بالقبض ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا للمرأة ألفاً لأنهما لما شهدا بالنكاح بألف ثبت لها حق الاستيفاء لأن الألف قد تقرّر عليه بالقضاء بالنكاح ثم بشهادتهما أتلفا عليها ذلك فيضمنان جميعه، ولو ادّعى على امرأة أنه تزوّجها على مائة وقالت: تزوّجني على ألف وذلك مهر مثلها فأقام الزوج شاهدين بما ادّعى وقضى له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسعمائة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه تعالى: ولم يضمنا شيئاً في قول أبي يوسف رحمه اللّه، وهو بناء على مسألة النكاح في اختلاف الزوجين في المهر فعندهما القول قولها إلى مهر مثلها ولولا شهادتهما لقضى لها عليه بألف فأتلفا عليها من ذلك تسعمائة فيضمنانه، وعنده القول قوله، فلم يتلفا عليها شيئاً وهذا يبين أن المراد بقوله: إلا أن يأتي بشيء مستنكر ما لا يصلح أن يكون مهراً في الشرع، **وهو ما دون عشرة دراهم** وإن أتلفا منفعة بأن شهدا أنه أكرى دابته بمائة وأجر مثلها مائتان فركبها ثم رجعا لم يضمنا إن كان المدّعي هو المستأجر والمنكر صاحب الدابة لأنهما أتلفا على صاحب الدابة مجرد المنفعة من غير عقد ولا شبهة عقد، وذلك لا يوجب الضمان لما عرف وإن كان المدّعي صاحب الدابة والآخر ينكر / ضمنا له ما زاد على أجر المثل لأنهما أتلفا [٢٣١ ب/٢] عليه ذلك بالقدر بلا عوض وقدر أجر المثل بعوض فلم يضمنا.

قال رحمه اللّه: (ولم يضمنا في البيع إلا ما نقص) يعني إذا شهدا على البائع بأنه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا له إذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر لأنهما أتلفا عليه المبيع بعوض يعدله أو يفوقه، والإتلاف بعوض كلا إتلاف وإن شهدا عليه بأنه باع بأقل من القيمة ضمنا النقصان لأن ذلك القدر أتلفاه عليه بلا عوض، ولا فرق في ذلك بين أن يكون البيع بخيار الشرط للبائع أو كان باتاً لأن السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم إليه عند سقوط الخيار بمضي المدّة فيكون التلف مضافاً إليهما، فإن قيل: البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملك البائع عن المبيع وقد كان متمكناً من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة، فإذا لم يفعل فقد رضي بالبيع

(وهو ما دون عشرة دراهم) وقد تقدم في كتاب النكاح أن المراد به ما يستنكر عرفاً هو

فوجب أن لا يضمنا له شيئاً، قلنا: السبب الموجب لزوال الملك هو البيع المشهود به وإن تأخر حكمه وهو زوال الملك ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوائده عند النفاذ فكان الإتلاف حاصلاً بشهادتهما فيضمنان، وهذا لأن البائع كان منكراً للبيع فلا يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار لأنه يصير كالمقر بالبيع فيتناقض كلامه عند الناس فيكون كاذباً عندهم فيتوقاه حذراً من ذلك، حتى إذا أجازه باختياره ليس له أن يرجع على الشهود لأنه أتلفه بمباشرته ولا يضاف الحكم إلى المسبب مع وجود المباشر، هذا إذا شهد بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن وإن شهدا بنقد الثمن مع أنهما شهدا بالبيع ينظر فإن شهدا بالبيع بألف مثلاً فقضى به القاضي ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن لأن الثمن تقرّر في ذمة المشتري بالقضاء ثم أتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنانه، وإن كان الثمن أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضاً مع ذلك لأنهما أتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الأولى، وإن شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما تجب عليهما القيمة فقط لأن القاضي يقضي بالبيع لا بوجوب الثمن لأن القضاء بالثمن يقارنه ما يوجب سقوطه، وهو القضاء بالقبض والقضاء بالشيء إذا اقترن به ما يوجب بطلانه لا يقضى به، ولهذا قلنا: لو شهد شاهدان بالبيع والإقالة دفعة واحدة إن القاضي لا يشتغل بالقضاء بالبيع لاقتران ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة فكذا هنا، ولو شهدا على رجل بالشراء فقضى به ثم رجعا فإن كان بمثل قيمته أو أقل لم يضمنا للمشتري شيئاً لأن الإتلاف بعوض لا يكون إتلافاً في المعنى على ما بينا، وإن كان بأكثر من قيمته ضمنا ما زاد على قيمته للمشتري لأنهما أتلفا عليه الزائد بغير عوض فيضمنانه له، وكذا إذا شهدا عليه بالشراء بشرط الخيار للمشتري وجاز البيع بمضي المدّة، وإن جاز بإجازته لا يضمنان على ما بينا في حق البائع.

قال رحمه الله: (وفي الطلاق قبل الوطء ضمنا نصف المهر) يعني إذا شهدا بأنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر لأنهما أكدا عليه ما كان على شرف السقوط، لأن احتمال ارتدادها وتقبيل ابن زوجها ثابت فيحتمل أن يوجد ذلك منها فيسقط المهر به وللتأكيد حكم الإيجاب فصار كأنهما أوجبا عليه، ألا ترى أن المحرم إذا/ أخذ صيداً فقتله آخر في يده يلزم الآخذ الجزاء ثم [٢٣٢/١/٢] يرجع به على القاتل لأنه قرر عليه ما كان على شرف الزوال بالتسبيب، وللتقرير حكم الإيجاب ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فلا توجب شيئاً إذا لم تكن من جهته وهما بإضافة الفرقة إليه ألزماه نصف المهر فيضمنان له ذلك، وينتقض هذا

بمسألتين ذكرهما في التحرير إحداهما: امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجل فشهد شاهدان أنه حال فأخذته منه ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون، وهذا الدين كان على شرف السقوط لأنه لو كان مؤجلاً على حاله لسقط بارتدادها، والثانية: لو أن رجلاً قتل امرأة قبل أن يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل، وإن وجد التأكيد منه إذ لولا قتله لكان احتمال السقوط ثابتاً ولكن نقول: القتل[1] منه للنكاح والشيء بانتهائه يتقرر والدين المؤجل ثابت في الحال، وإنما تأخرت المطالبة ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولم يؤكدا شهادتهما شيئاً إذ تحصيل الحاصل محال أو نقول: لا نسلم بأن دينها يسقط بل يكون لورثتها، وتقضي به ديونها فلا يسقط فبطل السؤال من الأصل، والابن إذا أكره امرأة أبيه فزنى بها يلزم أباه نصف المهر ثم يرجع به على الابن لأن الابن بإكراهه إياها ألزم أباه نصف المهر فصار نظير الشهود ولو رجع الشهود بعد موت الزوج غرموا للورثة لأنهم قائمون مقامه، ولم ترث لوقوع الفرقة بالقضاء قبل موته ولو شهدا بعد موت الزوج أنه طلقها في حياته قبل الدخول بها ثم رجعا لم يضمنا للورثة، لأن الشهادة وقعت لهم وضمنا للمرأة نصف الصداق والميراث لأن المهر كان مؤكداً ظاهراً بالموت بحيث لا يسقط بمسقط وكذا الميراث كان واجباً لها بموته فهما بهذه الشهادة أبطلا عليها نصفاً مؤكداً من المهر وإرثاً ثابتاً بالظاهر فيضمنان لها ذلك ذكره في الكافي.

قال رحمه الله: **(ولم يضمنا لو بعد الوطء)** يعني لو شهدا أنه طلقها بعدما دخل بها فقضى بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا لأن المهر تأكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يضمنان للزوج مهر المثل وكذا اذا قتلها قاتل يضمن القاتل للزوج مهر المثل عنده وكذا اذا ارتدت المرأة يجب عليها ان تغرم للزوج نصف المهر لأن البضع متقوم، ألا ترى أنه متقوم حال الدخول حتى لا يتصور أن يتملك بلا عوض فكذا عند خروجه عن ملكه لأنه إنما يخرج عن ملكه عين ما دخل في ملكه فمن ضرورة تقومه في إحدى الحالتين التقوم في الحالة الأخرى

الأصح اهـ **قوله في المتن: (ولم يضمنا لو بعد الوطء)** قال في التحفة: ولو شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً وقد دخل بها وقضى القاضي ثم رجعا لم يضمنا إلا ما زاد على مهر المثل، لأن تقدر المهر إتلاف بعوض وهو استيفاء منافع البضع ولو كان قبل الدخول إن كان المهر مسمى ضمنا النصف، وإن لم يكن المهر مسمى يضمنان المتعة لأن ذلك تلف بشهادتهم

---

(١) هكذا العبارة في الأصل وفيها سقط انظر فتح القدير.

كملك اليمين، ولنا أن ملك الزوج ضروري فلا يظهر إلا في حق استيفاء منافع البضع، ألا ترى أنه ليس له أن يضمن المتلف بالوطء شيئاً حتى لو وطئت بشبهة كان العقر لها، ولو كان ملكه متقوماً لكان له ولكان له أن يزوّجها من إنسان كملك اليمين، ولأن الضمان من شرطه المماثلة ولا مماثلة بين البضع والمال لا صورة ولا معنى فلا يكون مضموناً، وأما عند دخوله في ملك الزوج فالمتقوم هو المملوك دون الملك الوارد عليه وتقوّمه لإظهار خطر ذلك المحل حتى يكون مصوناً عن الابتذال، ولا يملك / مجاناً فإن ما يملك مجاناً لا يعظم خطره عند إصابته، وذلك محل له خطر [٢٣٢ ب/٢] مثل النفوس لأن النسل يحصل به وهذا المعنى لا يحصل في طرف الإزالة فإنها لا تتملك على الزوج شيئاً لكن يسقط عنها ملك الزوج، ألا ترى أن ما هو مشروط لمعنى الخطر عند التملك، كالشهود والولي لا يشترط شيء منه عند الإزالة ولكونه غير متقوم حالة الخروج دون الدخول ليس له أن يخلع ابنته الصغيرة على مالها من زوجها، وليس له أن يُزوِّج ابنه الصغير على ماله بخلاف ملك اليمين فإنه ملك مال والمال مثل للمال فعند الإتلاف يضمن بالمال.

قال رحمه اللّه: (وفي العتق ضمنا القيمة) أي إذا شهدا بإعتاق عبد فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة العبد لسيده لأنهما أتلفا عليه مالية العبد من غير عوض، والولاء للذي شهدا عليه بالعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لأن الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب، لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب». فلا يكون الضمان بدلاً عنه بل عما أتلفا عليه من ملك المال، وهذا الضمان لا يختلف بين أن يكونا موسرين أو معسرين لأنه ضمان إتلاف الملك بخلاف ضمان الإعتاق لأنه لم يتلف إلا ملكه ولكنه مع ذلك لزم منه فساد ملك صاحبه فأوجب الشارع عليه المواساة صلة، والصلات تجب على الموسر دون المعسر كالزكاة ونفقة الأقارب، ولو شهدا عليه بأنه دبره فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لأنهما أوجبا للعبد حق العتق، وبذلك تنتقص ماليته فإذا مات المولى عتق إن خرج من الثلث ويضمنان للورثة بقيَّة قيمته ولو لم يكن له مال سواه عتق ثلثه، وسعى في ثلثيه ويضمنان للورثة ثلث قيمته، وإن كان العبد معسراً يضمنان جميع قيمته مدبراً ويرجعان به عليه إذا أيسر ولو شهدا أنه كاتب عبده فقضى بالكتابة ثم رجعا ضمنا قيمته كلها لأنهما حالا بينه وبين عبده فصارا كالغاصب له بخلاف التدبير، ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها لأنهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته وكان من قضية الضمان أن يملكاه

كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص لكن المكاتب لايقبل النقل من ملك إلى ملك ولا يعتق المكاتب حتى يؤدّي ما عليه، كما كان قبل رجوعهما فإذا أدّى عتق والولاء للمولى لأنه هو المكاتب له، وإنما الشاهدان قاما مقامه في أخذ بدل الكتابة منه لا غير فأداؤه إليهما كأدائه إلى المولى، ويطيب لهما ما أخذا من المكاتب إن كان بدل الكتابة مثل قيمته أو أقل وإن كان أكثر تصدقاً بالفضل وإن عجز وردّ في الرق كان لمولاه لأن رقبته لم تصر ملكاً للشاهدين لما ذكرنا، ويرد المولى ما أخذ من الشاهدين لأن الحيلولة قد بطلت بعجز المكاتب فصار نظير ما غصب المدبر فأبق عنده فضمنه المولى قيمته ثم جاء من الإباق فإنه يجب على المولى أن يرد على الغاصب ما أخذه منه فكذا هذا، ولو اختار المولى أن يتبع المكاتب ولا يضمن الشهودكان له ذلك، ولو شهدا أنه أقر أن أمته ولدت منه والمولى ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا فهذا على وجهين: إما أن يكون معها ولد أو لم يكن وكل وجه على وجهين: إما أن يكون الرجوع هنا حال حياة المولى أو بعد وفاته، فإن لم يكن معها ولد كان الرجوع/ حال حياة المولى فإنهما يضمنان للمولى نقصان قيمتها فإذا مات [٢٣٣/أ/٢] المولى عتقت فيضمنان للورثة باقي قيمتها لأنه لولا شهادتهما لورثها الورثة ففوّتا عليهم هذا القدر، إن رجعا بعد موت المولى ضمنا جميع قيمتها للورثة لإتلافهما ذلك عليهم، وإن كان معها ولد ورجعا حال حياة المولى ضمنا نقصان قيمتها له لما ذكرنا وضمنا جميع قيمة الولد لأنه لولا شهادتهما كان عبداً له، ففوتا عليه ذلك، فإذا مات المولى بعد ذلك إن لم يكن مع الولد شريك في الميراث لا يضمنان له شيئاً ويرجعان على الولد بما قبض الأب منهما لأن من زعم الولد أن رجوعهما باطل، وقبض الأب الضمان كان بغير حق فكان مضموناً عليه فيؤدّي من تركته إن كان له تركة وإلا فلا شيء على الابن لأن من أقر على مورّثه بدين وليس له تركة لا يجب عليه شيء وإن كان معه شريك **فإن الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه** من قيمة الولد ومن باقي قيمة الأم **ويرجعان على الولد بما قبض الأب** منهما لما ذكرنا إن ترك مالاً ولا يرجعان بما أخذه منهما شريكه لأنه في زعمه ظلمهما فلا يظلم هو وكذا في زعمهما فلا يظلمانه ولا يضمنان لشريكه ما أخذه الولد بالإرث، وإن رجعا بعد وفاة المولى فإن لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهما لأنه هو الوارث وحده وهو يكذبهما في الرجوع وإن كان له شريك في الميراث يضمنان له حصته من قيمة الولد ومن جميع قيمة الأم، ولا يضمنان له ما ورثه الولد ولا يرجعان على الولد هنا بما

ولم يحصل له بمقابلة عوض اهـ إتقاني. **قوله**: (**فإن الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه**) أي إذا لم يقبض الأب منهما غير نقصان قيمة الأم اهـ **قوله**: (**ويرجعان على الولد بما قبض الأب**) أي

أخذه منهما شريكه، لأن هذا ظلم شريكه لا ظلم أبيه فلم يكن ذلك ديناً على الميت حتى يقدم على الإرث، وإنما يجب عليهما أن يضمنا جميع قيمتها هنا لأنهما أتلفاها عليهم ولم يضمنا من قيمتها شيئاً للمولى بخلاف المسألة الأولى هذا كله فيما إذا كانت الشهادة حال حياة المولى، وإن شهدا بعد وفاته والمسألة بحالها فقضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا فإن لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة لما ذكرنا، وإن كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كلها وما أخذه الولد بالإرث، بخلاف ما إذا كانت الشهادة في حال حياة المولى حيث لا يضمنان ما أخذه الولد من التركة، والفرق بينهما أن الشهادة في حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لأنه يجوز أن يموت الابن أوّلاً فيرثه الأب فلا تكون شهادتهما إتلافاً للمال فلا يضمنان وأما بعد الموت فشهادتهما وقعت على المال فتكون إتلافاً له فيضمنان ذلك كله حتى الولد نفسه لأنه لولا شهادتهما كان عبداً ميراثاً لهم.

قال رحمه اللّه: (وفي القصاص الدية ولم يقتصا) أي فيما إذا شهدا بوجوب القصاص على شخص بأن شهدا أنه قتل فلاناً عمداً فقضى القاضي به فقتل ثم رجعا يجب عليهما الدية ولا يقتص منهما، وقال الشافعي رحمه اللّه: يقتص منهما لأنهما تسببا لقتله **فصارا كالمكره** بل أولى **لأن الولي يعان والمكره يمنع**، فكانت الشهادة أفضى إلى القتل وأولى بوجوب القصاص عليهما، ولنا أنهما تسببا لقتله وليسا بملجئين إذ الولي بالخيار إن شاء قتل، إن شاء عفا بل جانب العفو مترجح والتسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر، ولأن القصاص نهاية العقوبة فلا يجب إلا بنهاية الجناية وهو القتل مباشرة عمداً بآلة صالحة له، ولم يوجد ذلك هنا لأن الشهادة ليست بقتل حقيقة، وإنما تصير قتلاً بواسطة ليست في يد الشاهد وهو حكم الحاكم واختيار الولي قتل/ المشهود عليه والفعل الاختياري من المباشر يقطع النسبة إلى المتسبب كدلالة السارق وفتح باب القفص وحل قيد العبد فلم يوجد منه القتل حقيقة لعدم المباشرة، ولا حكماً لعدم الإلجاء لأن الملجأ هو الذي يخاف العقوبة الدنيوية على نفسه فيؤثر نفسه بالطبع فيكون كمسلوب الاختيار، ولم يوجد ذلك

[٢٣٣ب/٢]

من نقصان قيمة الأب اهـ **قوله: (فصارا كالمكره)** وهذا لأن الشاهد كالمكره أيضاً للقاضي على قضائه، فإنه لو لم ير وجوب القضاء على نفسه بعد الشهادة يكفر ولو رأى وأخر يفسق ثم المكره يجب عليه القصاص فبالطريق الأولى أن يجب على الشاهد اهـ غاية. **قوله: (لأن الولي يعان)** أي يعان على استيفاء القصاص من جهة المسلمين اهـ **قوله: (والمكره يمنع)** بفتح الراء اهـ إتقاني. وقال الكاكي: قوله: والمكره يمنع بنصب الراء على صيغة اسم المفعول لأن الشاهد بمنزلة المكره بكسر الراء والولي بمنزلة المكره اهـ **قوله:**

في حق الولي ولا في حق القاضي، لأن القاضي إنما يخاف العقوبة في الآخرة **ولا يصير به ملجأ** لأن كل واحد يقيم الطاعة خوفاً من العقوبة في الآخرة ولا يصير بذلك مقهوراً، والولي يباشر القتل باختياره وليس عليه حرج في العفو بل هو مندوب إليه فكيف يتأتى الإكراه في حقه **بخلاف المكره**، فإن المكره يؤثر حياته فيقدم على القتل فينسب الفعل إلى المكره والمكره كالآلة له، ولأن أقل أحواله أن يكون شبهة والقصاص يسقط بها دون الدية لأن المال يجب مع الشبهة، وإن رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حياً فالولي بالخيار إن شاء ضمن الولي الدية وإن شاء ضمن الشاهدين لأن الولي متلف له حقيقة والشاهدان متلفان له حكماً والإتلاف الحكمي مثل الحقيقي في حكم الضمان وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وكذا عندهما إن ضمن الولي وإن ضمن الشاهدين فلهما أن يرجعا على الولي لأنهما عاملان له في الشهادة فيرجعان عليه بما لحقهما بها، كما لو شهدا له بقتل الخطأ فقضى له بها وأخذ الدية ثم رجعوا جميعاً وهذا لأنهما لما ضمنا قاما مقام الولي، وإن لم يملكا القصاص فيرجعان عليه كغاصب المدبر إذا غصب منه آخر فهلك عند الثاني واختار المولى تضمين الغاصب الأوّل فضمنه، فللغاصب أن يضمن الغاصب منه لأنه لما ضمن قام مقام المولى وإن لم يملك المدبر، وهذا لأن القصاص مما يملك في الجملة حتى ملكه الولي وورثته إذا مات من له القصاص، وله بدل متقوّم محتمل للتملك فيكون السبب معتبراً على أن يعمل في بدله عند تعذر إعماله في الأصل كاليمين على مس السماء ينعقد في إيجاب الكفارة الذي هو خلف عن البر لما كان الأصل هو البر وهو متصوّر الوجود عقلاً، وكذا شهود الكتابة إذا رجعوا وضمنوا للمولى القيمة كان لهم أن يرجعوا بها على المكاتب وإن لم يملكوا منه شيئاً، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن الشهود ضمنوا لإتلافهم المشهود عليه حكماً، والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره كالولي، وهذا لأنهم لو لم يكونوا متلفين لما ضمنوا مع المباشر إذ لا يعتبر مجرّد التسبب مع المباشر، ألا ترى أن الحافر لا يعتبر مع الدافع فثبت بهذا أنهم جناة ومن ضمن بجنايته لا يرجع على غيره، وأما في الخطأ فإنما يرجعان عليه لأنهما لما ضمنا ملكا الدية، وقد أتلفه القابض بصرفه إلى حاجته فيرجعان عليه، وإنما ينعقد السبب موجباً للحكم على أن يعمل في بدله أن لو كان السبب مما يتصوّر وجود حكمه ولا يتصوّر وجود الملك في القصاص بالضمان بحال فلا ينعقد في حق خلفه كاليمين الغموس، ولو كان القصاص

(ولا يصير به ملجأ) تقدم أنه يعزر لو لم يقض بعد شهادة الشهود اهـ قارئ الهداية. **قوله:**

ملكاً لإنسان حقيقة لم يضمنه المتلف عليه بأن قتله شخص أو شهد عليه شهود بالعفو، ثم رجعوا لا يضمن القاتل ولا الشهود شيئاً لولي القتيل وانعقاد السبب لا يكون أقوى من وجود الملك حقيقة، وبهذا فارق مسألة غصب المدبر والمكاتب فإنه فيه لو كان مالكاً حقيقة لكان يضمنه المتلف عليه، فكذا إذا جعل كالمالك حكماً باعتبار انعقاد السبب / له فيكون له أن يرجع بالبدل لذلك. [٢٣٤/١ ٢/أ]

قال رحمه الله: (**وإن رجع شهود الفرع ضمنوا**) لأن التلف مضاف إلى شهادتهم لصدورها منهم في مجلس الحكم.

قال رحمه الله: (**لا شهود الأصل** بلم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا) أي لا يضمن شهود الأصل بقولهم: لم نشهد شهود الفروع أو بقولهم: أشهدناهم وغلطنا لأن القضاء وقع بشهادة الفروع إذ القاضي يقضي بما يعاين من الحجة، وهي شهادة الفروع وهذا لأنهم بقولهم: لم نشهدهم أنكروا السبب أصلاً وهو الإشهاد وهو خبر محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضاء به، لا يلتفت إلى كلامهم بعد القضاء، بخلاف ما إذا قالوا ذلك قبل القضاء حيث لا يقضي به لإنكارهم التحميل وهو شرط فيها، وقال محمد رحمه الله: يضمن شهود الأصل **فيما إذا قالوا: أشهدناهم وغلطنا** لأن الفروع قاموا مقام الأصول في نقل شهادتهم إلى مجلس القاضي فيحصل القضاء بشهادة الأصول، فلهذا تعتبر عدالتهم فصار كأنهم حضروا بأنفسهم مجلس القاضي فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما إذا قالوا: لم نشهدهم على شهادتنا حيث لم يضمنوا لأنهم لم يرجعوا وإنما أنكروا التحميل، ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن الموجود من الأصول شهادة في غير مجلس القاضي، والشهادة في غير مجلسه لا تكون سبباً لإتلاف شيء فلا يلزمهما الضمان، وهذا لأن الشهادة

(**بخلاف المكره**) بفتح الراء اهـ غاية. **قوله في المتن**: (**وإن رجع شهود الفرع ضمنوا**) اعلم أن شهود الفرع إذا رجعوا عن شهادتهم في مجلس القاضي بعد القضاء بشهادتهم ضمنوا المشهود به لأن إتلاف المشهود به حصل بأدائهم الشهادة في مجلس القاضي، فكان الإتلاف مضافاً إلى شهادتهم فوجب عليهم الضمان اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**لا شهود الأصل**) قال في الهداية: ولو رجع شهود الأصل وقالوا: لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم قال الإتقاني: هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر فيه الخلاف بين أصحابنا، وكذلك أثبت صاحب الهداية مطلقاً بلا ذكر الخلاف، وقال في شرح القدوري للشيخ الإمام أبي نصر البغدادي: هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يضمنون وهو رواية عن أبي حنيفة إلى هنا لفظه رحمه الله. **قوله**: (**فيما إذا قالوا: أشهدناهم وغلطنا**) اعلم أن الفرعين لا ضمان عليهما في هذه الصورة بالاتفاق لأنهما لم

مختصة بمجلس القاضي ولهذا اختصر الرجوع به بناء عليه للتناسب، ولأنا نقول: إن الفروع نائبون منابهم في نقل شهادتهم إلى مجلس القاضي، فإنهم بعد الإشهاد لو منعوهم عن أداء الشهادة كان عليهم الأداء إذا دعاهم المدّعي إليه، ولو كانوا نائبين عن الأصول لما كان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون على ما تحملوا وهو إشهاد الأصول إياهم على شهادتهم فصار كما لو شهدوا على نفس الحق، وعلى هذا لو رجع الأصول بأن قالوا: أشهدناهم على ذلك ولكنا رجعنا عن ذلك عندهما لا يضمنون وعنده يضمنون، والوجه قد بيناه من الجانبين.

قال رحمه اللّه: (ولو رجع الأصول والفروع ضمن الفروع فقط) لأن الإتلاف حصل بالشهادة الموجودة في مجلس القاضي وهي من الفروع مباشرة من كل وجه، والأصول مسببون للتلف من وجه وقد عرف أن المباشر والمسبب إذا اجتمعا وهما متعدّيان كان الضمان على المباشر دون المسبب وهذا عندهما، وقال محمد رحمه اللّه تعالى: المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث أن القاضي عاين الشهادة من الفروع، ووقع بشهادة الأصول من حيث أن الفروع نائبون عنهم، ونقلوا شهادتهم بأمرهم فيخير في تضمين أي الفريقين شاء والجهتان متغايرتان، **لأن شهادة الأصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول**، أو نقول: إحداهما إشهاد والأخرى أداء الشهادة في مجلس القاضي فلا يجمع بينهما في التضمين، بل يجعل كل فريق كالمنفرد فيكون له الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب، وهذا لأن التلف بثبت بالنقل والإشهاد والنقل من الفروع، والإشهاد من الأصول فلولا إشهاد الأصول لما تمكن الفروع، ولولا نقل الفروع لما تمكن الأصول فكان فعل كل فريق في حق المشهود عليه سبب ضمان على سبيل المباشرة، أما الفروع فظاهر لأنهم نقلوا شهادة الأصول عند القاضي على وجه لو لم يعمل القاضي بشهادتهم يأثم/ [٢٣٤ب/٢]، وكذلك الأصول مباشرون من حيث الحكم لأن أداء الفروع منقول إلى الأصول لأن الفروع مضطرون من جهة الأصول إلى الأداء بعد الإشهاد، بحيث لو امتنعوا عن الأداء أثموا **فصاروا نظير القاضي لما ألجأه الشهود** إلى القضاء نسب إليهم فضمنوا، ثم أي فريق أدّى لا يرجع على صاحبه لأن

يرجعا عما شهدا اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن شهادة الأصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول**) فلا يجمع بينهما في التضمين بأن يقال: يضمن الفريقان حق المدعى عليه أنصافاً بل له الخيار في تضمين أي الفريقين شاء اهـ **قوله**: (**فصاروا نظير القاضي لما ألجأه الشهود**) قال العيني رحمه اللّه: وإن رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض

كلاً ضمن بجنايته بخلاف الغاصب إذا ضمن حيث يرجع على غاصب الغاصب لما عرف في موضعه.

قال رحمه الله: **(ولا يلتفت إلى قول الفروع: كذب الأصول أو غلطوا)** يعني بعد الحكم بشهادتهم لأن ما مضى من القضاء لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم، ولا يلزمهم غرامة لأنهم لم يرجعوا وإنما شهدوا على غيرهم بأنهم كذبوا.

قال رحمه الله: (وضمن المزكون بالرجوع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيراً فصار كما لوأثنوا على المشهود عليه بأن شهدوا عل إحصان الزاني ثم رجعوا، وهذا لأنهم لم يثبتوا سبب التلف وهو الزنا مثلاً، ولم يتعرضوا له بالأصالة، وإنما أثنوا على الشهود فصاروا في المعنى كشهود الإحصان، ولأبي حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا ما ليس بموجب موجباً فصاروا بمنزلة من أثبت سبب الإتلاف، وبيان ذلك أن الشهادة لا توجب شيئاً بدون التزكية وسبب التلف الشهادة وهي لا تعمل إلا بالتزكية فكانت التزكية علة العلة وهي بمنزلة العلة في إضافة الحكم إليها، بخلاف شهود الإحصان فإنهم لم يجعلوا غير الموجب موجباً لأن الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه ولهذا يثبت الإحصان بشهادة النساء بخلاف التزكية لشهود الحدّ لأن الشهادة لا تعمل إلا بها فصار التلف مضافاً إليها، كما يضاف إلى الشهادة ولهذا لا يجوز أن تكون النساء مزكيات مع الرجال في الحدود كما لا تصلح للشهادة فيها، ولولا إضافة الحكم إليها لصلحن للتزكية فيها وهذا لأن التأثير هو المعتبر والعلة مؤثرة في إثبات الحكم، وكذلك علة العلة مؤثرة أيضاً في إعمال العلة إذ الشهادة لا توجب العمل إلا بها بخلاف شهود الإحصان فإن ذلك ليس بمؤثر في إثبات الزنا فإنهم أثنوا عليه بقولهم: أنه حر مسلم تزوّج امرأة نكاحاً صحيحاً، وقد أوفى حقها شرعاً بالدخول عليها، وهذه الخصال تمنع الزنا فلا تكون موجبة له لأن الزنا مذموم، وهذه الخصال محمودة فهما متضادّان فكيف يكون أحدهما سبباً للآخر فلما لم يوجب الزنا لا يوجب الرجم أيضاً بل هو موجب الزنا عند وجود الإحصان.

والصحيح أنهم لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات اهـ **قوله في المتن: (ولا يلتفت إلى قول الفروع كذب الأصول أو غلطوا)** قال أبو محمد الناصحي[1] في تهذيب أدب القاضي، وإن قال اللذان شهدا عند القاضي: قد أشهدانا على شهادتهم ولكنهما كذبا في هذه الشهادة، وهذا القول بعد القضاء بشهادتهما لم يلتفت إليه ولم يلزمهما الضمان وذلك

---

(١) تقدم فيما سبق.

قال رحمه الله: (وشهود اليمين) أي يضمن شهود اليمين ومعنى المسألة أن يشهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم يرجعان عنها فيجب عليهما قيمة العبد ونصف المهر لأنهم شهود العلة، إذ التلف يحصل بسببه وهو الإعتاق أو التطليق وهم الذين أثبتوا ذلك بشهادتهم، والشرط وإن كان مانعاً فإذا وجد الشرط أضيف التلف إلى تلك الكلمة وهي العلة دون زوال المانع.

لأنهما يقرّان على غيرهما بأنهما كذبا فلا يقبل قولهما فيه اهـ غاية. **قوله في المتن: (وشهود اليمين)** قال العيني: صورته شهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم شهد آخران بأن الشرط الذي علق عليه العتق أو الطلاق وجد وقد نزل المعلق فحكم بذلك ثم رجع الجميع فالضمان على شهود اليمين خاصة، لأن اليمين هي السبب والتلف إنما يضاف إلى من أثبت السبب دون الشرط المحض اهـ وكتب ما نصه قال في الهداية: وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة، قال الإتقاني: وهذا لفظ القدوري في مختصره قال الشيخ أبو المعين النسفي في أواخر كتاب الأيمان من شرح الجامع الكبير قبيل باب اليمين في طلاق السنة وغير السنة: إذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر وشهد آخران أنه دخل الدار وقضى القاضي بعتقه ثم رجعوا ضمن شاهدا اليمين دون شاهدي الدخول لأن العبد تلف بقضاء القاضي، والقاضي قضى بعتقه بشهادة شهود العتق لأن العتق يثبت عند دخول الدار بقوله: أنت حر لا بدخول الدار فكان التلف مضافاً إلى ما أثبته شاهدا اليمين دون شاهدي الشرط، قالوا في شروح الجامع: ولا يلزم على هذا إذا شهد اثنان أنه تزوّج فلانة، وشهد آخران أنه دخل بها وقضى القاضي بجميع المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول، وإن كان وجوب المهر مضافاً إلى التزوّج لأن شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ما وجب عليه من المهر فخرجت شهادة شهود النكاح من أن تكون إتلافاً وقال الشيخ أبو المعين في شرح الجامع: لم يذكر محمد أن شاهدي الشرط لو رجعا على الانفراد هل يضمنان ثم قال: وينبغي أن يقال: يضمنان لأن إيجاب الضمان على محصل الشرط عند انعدام إمكان الإيجاب على صاحب العلة واجب وقال العتابي في شرح الجامع: وإن رجع شهود الشرط وحدهم قال بعضهم: لا يضمنون كشهود الإحصان إذا رجعوا وحدهم، وقال أكثر المشايخ: يضمنون لأنهم تسببوا في التلف بغير حق وله أثر في وجوب العلة عند الشرط فيكون سبب الضمان عند عدم العلة بخلاف الإحصان، لأنه يؤثر في منع وجود العلة وقال شمس الأئمة السرخسي في أصوله في تقسيم الشرط قلنا: في شهود التعليق وشهود الشرط إذا رجعوا الضمان على شهود التعليق خاصة، لأنهم نقلوا قول المولى أنت حر وهذا بانفراده علة تامة لإضافة حكم العتق إليه فلم يكن الشرط هناك شبه العلة، فلهذا لا يضمن شهود الشرط شيئاً سواء رجع الفريقان أو رجع شهود الشرط خاصة،

قال رحمه اللّه: (لا شهود الإحصان والشرط) أي لا يضمن شهود الإحصان ولا شهود الشرط وفيهما خلاف زفر رحمه اللّه، أما شهود الإحصان فهو يقول: إن الجناية تتغلظ عنده فصار كحقيقة العلة، ولأنه شرط/ لوجوب الرجم والشرط إذا سلم عن معارضة العلة صلح علة، ألا ترى أن حافر البئر يضمن عند عدم من يلقى والحفر شرط الوقوع فيضاف إليه الحكم، قلنا: إن الإحصان علامة وليس بشرط حقيقة لأن حقيقة الشرط أن توجد العلة بصورتها وتتوقف صيرورتها علة على وجود الشرط، كتعليق العتق بالشرط فان العلة قد وجدت بصورتها وهي قوله: عبده حر ونحو ذلك وتوقفت صيرورتها علة على وجود الشرط وهنا لو زنى ثم أحصن لا يرجم ولكن اذا زنى وهو محصن عرفنا أن حكمه الرجم وهذا معنى العلامة فلم يتعلق به وجوب الرجم ولا وجوده إذ الحكم لا يضاف الى العلامة المظهرة وأما شهود الشرط فلا يخلو إما أن يرجعوا وحدهم أو مع شهود العلة وهي التعليق فإن رجعوا مع شهود اليمين لا يضمنون وعند زفر رحمه الله يضمنون لأن التلف حصل بشهادة الفريقين جميعاً، قلنا: شهود اليمين أثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للحكم وهو قوله: أنت حر أو أنت طالق والآخرون أثبتوا الشرط والشرط لا يعارض العلة في إضافة الحكم اليه لأن الحكم يضاف إلى علته حقيقة لأنه هو المؤثر فيه وإلى الشرط مجازاً لأنه موجود عند الشرط والمجاز لا يعارض الحقيقة وإن رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند بعض مشايخنا رحمهم الله لأن الشرط إذا لم تعارضه العلة صلح لإضافة الحكم إليه وصار علة لأن العلل لم تجعل علة لذواتها فجاز أن تخلفها الشروط، والصحيح أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، وإلى الأول مال فخر الإسلام علي البزدوي، وإذا شهد شاهدان بالتفويض وشاهدان بالإيقاع ثم رجعوا كان الضمان على شاهدي الإيقاع لأنه العلة والتفويض سبب/.

[٢٣٥ أ/٢] [٢٣٥ ب/٢]

وكذلك شهود التخيير وشهود الاختيار فإن الضمان على شهود الاختيار خاصة، لأن التخيير سبب وما عارضه وهو الاختيار علة تامة للحكم مضافاً إليه دون السبب فلم يضمن شهود السبب شيئاً كما لايضمن شهود الشرط إلى هنا لفظ شمس الأئمة اهـ **قوله في المتن:** **(لا شهود الإحصان)** صورته كما قال العيني: أن يشهد أربعة بالزنا ويشهد آخران أنه محصن ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا لأنه علة، ولا ضمان على شهود الإحصان لأنه علامة وليس بشرط حقيقة، وقال زفر: يجب عليهم أيضاً اهـ **قوله: (والشرط)** قال العيني: صورته ما ذكرناه في شهود اليمين اهـ

كتاب الوكالة

الوكالة الحفظ، ومنه الوكيل في أسماء اللّه تعالى ولهذا قلنا: فيمن قال: وكلتك بمالي يملك الحفظ فقط وقيل: تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل، يقال: على اللّه توكلنا، أي فوّضنا أمورنا، والتوكيل تفويض التصرف إلى الغير وسمي الوكيل وكيلاً لأن الموكل وكل إليه القيام بأمره، أي فوضه إليه واعتمد فيه عليه والوكيل القائم بما فوّض إليه وهو مشروع بإجماع الأمة، «وقد وكل رسول اللّه ﷺ حكيم بن حزام بشراء الأضحية»[1]، وقال اللّه تعالى: حكاية عن أصحاب الكهف ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة﴾ [الكهف:١٩] الآية، وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر نسخه، ولأن الإنسان قد يعجز عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله فيحتاج إلى الاستعانة بغيره أشدّ الاحتياج فيكون مشروعاً دفعاً للحرج، وألفاظها كل لفظ يدل على الإطلاق كقوله: وكلتك أو هويت أو أحببت أو رضيت أو شئت أو أردت، ولو قال: لا أنهاك عن طلاق المرأة لا يكون توكيلاً.

قال رحمه اللّه: (صح التوكيل) لما بينا من الأدلة.

قال رحمه اللّه: (وهو إقامة الغير مقام نفسه في التصرف) أي التصرف الجائز المعلوم هذا في الشريعة حتى أن التصرف إذا لم يكن معلوماً يثبت به أدنى تصرفات الوكيل **وهو الحفظ فقط**، وهو في اللغة ما بيناه من قبل.

قال رحمه اللّه: (ممن يملكه) أي ممن يملك التصرف لأن شرط الوكالة أن

كتاب الوكالة

بكسر الواو وفتحها اهـ غاية. أورد كتاب الوكالة عقيب كتاب الشهادة لأن كل واحدة من الشهادة والوكالة إعانة الغير بإحياء حقه اهـ إتقاني. **قوله: (وهو الحفظ فقط)** ومن فروع هذا الأصل الفرع الذي ذكره الشارح أول هذا الباب، وقال الكمال: قال الإمام المحبوبي[2]: إذا قال لغيره: أنت وكيلي في كل شيء كان وكيلاً بالحفظ اهـ **قوله:**

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٩١).

(٢) لعله عبيد اللّه بن مسعود بن تاج الشريعة محمود المحبوبي المتوفى سنة (٧٤٧هـ). انظر الفوائد البهية (١٠٩).

يكون الموكل ممن يملك التصرف، لأن الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر على التصرف من قبله فلا يتصوّر أن يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف، وقيل: هذا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه، وأما على قول أبي حنيفة رحمه ا للّه: فالشرط أن تكون حاصلة بما يملكه الوكيل، فأما كون الموكل مالكاً للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد، وقيل: المراد أن يكون مالكاً للتصرف نظراً إلى أصل التصرف، وإن امتنع في بعض الأشياء بعارض النهي، ولا بد أن يكون الموكل ممن تلزمه الأحكام لأن المطلوب من الأسباب أحكامها، فإذا كان ممن لا يثبت له الأحكام لا يصح توكيله كالصبي والعبد المحجور عليهما.

قال رحمه اللّه: (إذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبياً أوعبداً محجوراً) يعني يصح التوكيل بشرط أن يكون الوكيل ممن يعقل البيع وغيره من العقود ولو كان الوكيل صبياً أو عبداً محجوراً عليهما، والمراد أن يعرف أن الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه، ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم والربح لا الهزل، لأن الوكيل قائم مقام الموكل في العبارة فلا بد أن يكون من أهل العبارة ليكون قادراً على التصرف وذلك بالعقل.

قال رحمه اللّه: (بكل ما يعقده بنفسه) أي يجوز التوكيل بكل شيء جاز أن يعقده بنفسه لما ذكرنا من الحاجة والأدلة، ولا يرد على هذا الوكيل حيث لا يجوز له أن يوكل فيما وكل فيه لأنّ المراد به أن يعقد بنفسه لنفسه لا ما استفاده من جهة غيره من التصرفات، لأن ذلك يتقيد بأمر آمره، **وكذا لا يرد جواز توكيل المسلم/ الذمي** [١/١٣] **ببيع الخمر ونحوه، لأنه عكس** والنقض لا يكون إلا في الطرد ويرد عليه الاستقراض فإنه

(**وكذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر ونحوه لأنه عكس**) ويرد على طرده نقض، وهو أن الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له أن يوكل مسلماً ببيعها والجواب أن الذمي يملك بيع الخمر بنفسه، ويملك تمليك غيره ببيعها أيضاً حتى لو وكل ذمياً بذلك جاز، وإنما لم يجز توكيل المسلم هنا لمعنى في المسلم وهو أنه مأمور باجتنابها، وفي التوكيل ببيعها اقترابها والحرمة إذا جاءت من قبل المحل لا تكون مانعة حتى لو قال قائل: كل من تزوّج امرأة نكاحاً صحيحاً حل له وطؤها لا يرد عليه الحائض والمحرمة، لأنا نقول: هناك جائز أيضاً إلا أن المنع من الوطء جاء من قبل المرأة بمعنى عارض حتى إذا انعدم هذا المعنى ظهر الحل الذي ثبت بالنكاح الصحيح اهـ وكتب ما نصه قالت الشافعية: لا يجوز توكيل مسلم كافراً بقبول نكاحه لأنه لا يخلو عن شائية العبادة اهـ ذكر في التاتارخانية في

يجوز أن يباشره بنفسه لنفسه ولايجوز له أن يوكل فيه حتى لو وكّل به، واستقرض له الوكيل كان له لا للموكل لأن البدل في باب القرض لا يجب ديناً في ذمة المستقرض بالعقد، وإنما يجب بالقبض، والأمر بالقبض لا يصح لأنه ملك الغير بخلاف البيع لأن حكمه يثبت بالعقد فله أن يقيم غيره فيه مقامه، **وبخلاف الرسالة بالاستقراض** لأن الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل لأن الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح، وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فإن العبارة للوكيل، ولهذا حقوق العقد ترجع إليه وعن أبي يوسف رحمه اللّه أن التوكيل بالاستقراض جائز.

قال رحمه اللّه: (وبالخصومة في الحقوق برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مدّة السفر أو مريداً للسفر أو مخدرة) أي يجوز التوكيل بالخصومة في جميع الحقوق بشرط أن يرضى الخصم إلا إذا كان معذوراً بعذر من الأعذار التي ذكرها فحينئذٍ يجوز بغير رضا الخصم وهذا عند أبي حنيفة رضي اللّه تعالى عنه وقالا: يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم وإن لم يكن به عذر وهو قول الشافعي رضي اللّه تعالى عنه لأنه وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والإيفاء، **ولأن الحاجة ماسة إلى تجويزه بها** إذ لا يهتدي إليها كل أحد أو لا يرضى بها عند الحكام كل أحد، وقال عبد اللّه بن جعفر رضي اللّه تعالى عنه: كان علي رضي اللّه تعالى عنه «لا يحضر خصومة أبداً، وكان يقول: إن الشيطان يحضرها وإن لها **قحماً**، وكان إذا خوصم في شيء من أمواله وكل عقيلاً فلما كبر عقيل وكَّل عبد اللّه بن جعفر فقال: هو وكيلي فما قضى عليه فهو عليَّ وما قضى له فهو لي»[1]، ولأنه يملك مباشرتها بنفسه من غير رضا خصمه فكذا يملك التوكيل بها من غير رضا الخصم كسائر حقوقه، ولأبي حنيفة رضي اللّه تعالى عنه أن

كتاب السير في نوع آخر إذا أذن الإمام لذمي أن يؤمّن أهل الحرب فأمّنهم جاز أمانهم وليس كل من لا يملك الأمان بنفسه يجب أن لا يملك الأمان بالنيابة عن الغير، ألا ترى أن المسلم إذا وكل ذمّياً أن يزوّج له مسلمة جاز وإن كان الذمي لا يملك التزوّج بالمسلمة لنفسه اهـ **قوله: (وبخلاف الرسالة بالاستقراض)** بأن يقول: أرسلني فلان إليك يستقرض منك كذا، الوكيل من يباشر العقد، والرسول من يبلغ المباشرة والسلعة أمانة في أيديهما اهـ تهذيب. **قوله: (ولأن الحاجة ماسة إلى تجويزه بها)** أي إلى تجويز التوكيل بالخصومة اهـ **قوله: (قحماً)** بضم القاف وفتح الحاء اهـ والقحمة الشدة والورطة ومنه حديث علي رضي اللّه عنه في الخصومة، وإن لها لقحما وفتح القاف خطأ، كذا في المغرب اهـ وقال ابن

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه مختصراً (٦ / ٨١).

التوكيل حوالة وهي لا تجوز إلا برضا المحال عليه فكذا التوكيل، وهذا لأن الخصومة تختلف، والجواب مستحق عليه فصار نظير الحوالة، ألا ترى أنه لايوكل إلا من هو ألد وأشدّ إنكاراً ويلحقه بذلك ضرر عظيم فلا يلزمه بدون التزامه كالحوالة، بخلاف ما إذا كان به عذر من الأعذار التي ذكرناها، لأن الجواب غير مستحق عليه في هذه الحالة فلا يكون فيه إسقاط حق مستحق عليه، ولا يقبل قوله: إني أريد أن أسافرلكن القاضي ينظر في حاله وفي عدّته فإنه لا تخفى هيئة من يسافر، والمتأخرون من أصحابنا اختاروا للفتوى أن القاضي إذا علم من الخصم التعنت في الإباء من قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك، ويقبل التوكيل من الموكل من غير رضاه وإن علم من الموكل قصد الإضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل إلا برضاه وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه اللّه، ومن الأعذار الحيض من المدّعى عليها إذا كان الحكم في المسجد، والحبس إذا كان من غير القاضي الذي ترافعوا إليه.

قال رحمه اللّه: (وبإيفائها واستيفائها إلا في حدّ أو قود) أي يجوز التوكيل بإيفاء جميع الحقوق، والاستيفاء لما بينا إلا باستيفاء الحدود والقصاص فإنه لا يجوز مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تسقط بالشبهات فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة على ما نبين، وقال الشافعي رحمه اللّه: يستوفي القصاص في حال غيبة الموكل لأنه حق العبد، ولنا أنه عقوبة فيسقط بالشبهات وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفا بل هو الظاهر، إذ العفو / مندوب [١ ب/٣] إليه قال اللّه تعالى: ﴿فمن تصدّق به فهو كفارة له﴾ [المائدة: ٤٥]، بخلاف ما إذا كان الموكل حاضراً لأنه لا تتمكن فيه شبهة العفو، وقد يحتاج الموكل إلى ذلك لقلة هدايته في الاستيفاء، أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود لأن رجوعهم نادر فلا يتوهم ويجوز التوكيل بإثبات القصاص وحدّ القذف والسرقة بإقامة البينة فإذا قامت وثبت الحق فللموكل استيفاؤه، وقال أبو يوسف: لا يجوز التوكيل بإثباتها أيضاً كما لا يجوز باستيفائها، وقول محمد: مضطرب، والأظهر أنه مع أبي حنيفة رحمه اللّه إلا أنه يجوّزه من غير عذر ولا رضا الخصم، وعند أبي حنيفة لا يجوز إلا بأحدهما، وقيل: هذا الخلاف في حال غيبة الموكل وأما حال حضرته فهو جائز إجماعاً لأن كل كلام يوجد من الوكيل ينتقل إلى الموكل إذا لم يكن فيه عهدة على الوكيل لما عرف في موضعه، لأبي يوسف رحمه اللّه أن

الأثير: ومنه حديث علي رضي اللّه عنه أن للخصومة قحماً هي الأمور العظيمة الشاقة واحدتها قحمة اهـ وفي المصباح والقحمة بالضم الأمر الشاق لا يركبه أحد، والجمع قحم

الوكيل بمنزلة البدل عن الأصل ولا مدخل للإبدال في هذا الباب، ولهذا لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي، ولا شهادة النساء ولا من الأخرس لأن إشارته بدل عن العبارة، ولأن المقصود من الإثبات الاستيفاء فإذا لم يصح به لا يصح بالإثبات أيضاً، ولهما أن التوكيل تناول ما ليس بحد ولا قصاص ولا يضاف وجوب الحد إلى الخصومة فيصح التوكيل فيها، كما في سائر الحقوق وهذا لأن وجوب الحد مضاف إلى الجناية وظهوره مضاف إلى الشهادة والخصومة شرط محض لا أثر لها في الوجوب ولا في الظهور إذ الحكم لا يضاف إلى الشرط ويمكن التدارك إذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستيفاء، وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص، **وكلام أبي حنيفة فيه أظهر** لأن التوكيل فيه وقع بدفع دعوى القصاص والحدود ودفعها يثبت مع الشبهة حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة، وبشهادة النساء مع الرجال غير أن إقرار الوكيل لا يقبل عليه استحساناً لأن فيه شبهة عدم الأمر به والتوكيل بإثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقاً لأنه لا حق لأحد فيه، وإنما تقام البينة على وجه الحسبة فإذا كان أجنبياً عنه لا يجوز توكيله به.

قال رحمه الله: (والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة والصلح عن إقرار تتعلق بالوكيل إن لم يكن محجوراً كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب، والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه) وقال الشافعي: تتعلق بالموكل لأن الحقوق تبع للحكم وليست بأصل، والوكيل ليس بأصل في حق الحكم فلا يكون أصلاً في حق الحقوق التي هي من توابع الحكم فصار كالرسول والوكيل بالنكاح وأخواته، ولنا أن الوكيل أصل في العقد لأن العقد يقوم بالكلام، وصحة كلامه باعتبار كونه آدمياً عاقلاً فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف واقعاً له، غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائباً في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده وراعينا الأصل في حق الحقوق، إذ لا ضرورة في حقها، والدليل على أنه أصل في العقد استغناؤه عن إضافته إلى الموكل ولو كان سفيراً كما زعم لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح وأخواته، حتى إذا أضافه إلى نفسه كان له دون الموكل، بخلاف ما نحن فيه فإنه لا يتعذر إضافة العقد إليه وإيقاع الحكم للموكل **فإذا أضافه إليه كان أصيلاً فيه فيقع له فيما لا ضرورة** فيه وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبضه

مثل غرفة وغرف اهـ **قوله**: (**وكلام أبي حنيفة فيه**) أي في هذا الفصل الثاني اهـ **قوله**: (**أظهر**) أي من كلامه في الفصل الأول اهـ **قوله**: (**فإذا أضافه إليه كان أصيلاً فيه فيقع له فيما لا ضرورة**)

[٢ ١/٣] وقبض/ الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع أو رجوعه هو بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد، ولا نسلم أن الحكم يقع له في رواية بل يقع للوكيل ثم ينتقل إليه فيكون بينهما مبادلة حكمية فلنا أن نمنع، والصحيح أنه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصلٍ في حق الكلس لكن في حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلاً فيه كالعبد يتهب أو يصطاد، ولهذا لا يعتق على الوكيل إذا اشترى قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله: والملك يثبت للموكل ابتداء إلخ، وكذا إذا اشترى زوجته بالوكالة لا يفسد النكاح لما ذكرنا، وفي حق الحقوق لم يخلفه فإذا كان أصلاً في حق الحقوق جاز توكيله فيها ولا يجوز توكيل الموكل فيها لأنه أجنبي عنها، وفي قوله: تتعلق بالوكيل إن لم يكن محجوراً إشارة إلى أن العبد والصبي المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة مطلقاً، وفي الذخيرة إن كان وكيلاً في البيع بثمن حال أو مؤجل جاز بيعه ولزمته العهدة، وإن كان وكيلاً بالشراء فإن كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياساً واستحساناً بل تكون العهدة على الآمر حتى يطالب البائع الآمر بالثمن دون المباشر، لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمان ثمن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى، وهذا لا يفيده فيه وإنما يلتزم مالاً في ذمّته واستوجب مثل ذلك على موكله، وهذا هو معنى الكفالة وهو لا يلزمه ذلك، وإن كان بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لأن ما يلزمه ضمان ثمن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشترى، وهنا يملك المشترى من حيث الحكم فإنه يحبس المبيع بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كما لو اشتراه لنفسه ثم باعه منه وهو من أهل التزام الثمن بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلاً لأنه لا يملك المشترى لا حقيقة ولا حكماً حتى لا يملك حبسه به، فكان ضمان كفالة من حيث المعنى وفي الإيضاح إذا أمره أن يشتري له بالنقد فاشترى كما أمره فالشراء جائز والعهدة عليه وكان القياس أن لا يجوز لأنه تلزمه العهدة في تسليم الثمن فيصير بمنزلة الكفالة، وإنما جوّزناه استحساناً لأنه وإن لحقته العهدة كان له أن يرجع على الذي أمره به ويحبس المبيع عنه فيصر الحق كالمعلق بالبيع فيخرج من أن يكون متبرعاً، ولو أمره بالشراء نسيئة فاشتراه كما أمره كان ما اشتراه له دون الآمر، لأن الثمن إذا كان نسيئة لم يملك حبس المبيع فظهر معنى التبرع بالتزام الدين فلا يصح، وإذا لم تصح الوكالة صار مشترياً

أما إذا أضاف العقد إلى الموكل فقد حكى العمادي في الفصل السابع والعشرين فيه خلافاً وحكى ابن فرشتا الاتفاق على أنها تتعلق بالموكل وعزاه للفصول وفيه ما فيه اهـ **قوله:**

لنفسه، وفيه إشارة أيضاً إلى أن المحجور عليه لا تتعلق به الحقوق لأنه لا يصح منه التزام العهدة لقصور أهلية الصبي ولحق مولى العبد فتتعلق بالموكل، كما في الرسول والقاضي وأمينه ثم العبد إذا عتق تلزمه تلك العهدة، والصبي إذا بلغ لا تلزمه لأن المانع من لزوم العهدة في حق العبد حق المولى، إذ هو من أهل الالتزام وقد زال حقه فيلزمه والمانع في حق الصبي حق نفسه ولا يزول بالبلوغ ولو قبضه مع هذا يصح قبضه لأنه هو العاقد فكان أصيلاً فيه فانتفاء اللزوم لما ذكرنا لايدل على انتفاء الجواز، ولو كان المأمور مرتداً جاز تصرفه لأنه من أهل العبارة فتعتبر عبارته ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة فإن أسلم كانت عليه، وإلا فعلى الموكل وعندهما / عليه على كل حال وهي فرع اختلافهم في تصرفاته لنفسه. [٢ ب/٣]

[قال رحمه الله][(١)]: (وفيما يضيفه إلى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد أو عن إنكار تتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ولا وكيلها بتسليمها) أي في كل عقد يضيفه إلى الموكل فحقوقه تتعلق بالموكل، وذلك كالنكاح إلخ لأن الوكيل فيها سفير محض، ولهذا لا يستغني عن إضافته إلى الموكل حتى لو أضافه إلى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول فلا يتصوّر أن يكون السبب صادراً من شخص على سبيل الأصالة والحكم واقع لغيره، فجعلناه سفيراً وهذا لأن الحكم هنا لايقبل الفصل عن السبب لأنها من قبيل الإسقاطات، أما غير النكاح فظاهر، وكذا النكاح لأنها تسقط مالكيتها بعقد النكاح ولأن الأصل في الإبضاع الحرمة فكان النكاح إسقاطاً للحرمة نظراً إلى الأصل، وإنما يثبت الملك ضرورة ليتمكن من الوطء ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير وفيما وراء الوطء فهو إسقاط جرياً على الأصل، إذ الحرمة تنافي الملك والساقط متلاش فلا يجوز أن يسقط في حق الوكيل ثم يسقط ثانياً في حق الموكل بالانتقال لأن الساقط لا يعود إلا بسبب جديد فكان حكم النكاح ثابتاً لمن أضيف إليه ابتداء وهو الموكل، بخلاف البيع فإن حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره وهذا لأن المحل فيه خلق مباحاً وقابلاً للتمليك بطريق الأصالة، وذلك الحكم مما يقبل الانتقال من ملك إلى ملك فجاز أن يملكه شخص ثم ينتقل عنه إلى شخص وجاز أن يصدر السبب من شخص ويقع الحكم لغيره فلا حاجة إلى جعله غير أصل إذ جواز الانتقال عنه يمنع من ذلك، ومن أخوات هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة والتصدق والإعارة والإيداع والإقراض والرهن والشركة والمضاربة لأن الحكم فيها يثبت بالقبض وإنه يلاقي محلاً مملوكاً للغير فلا

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

يجعل أصيلاً فيه بل سفيراً ومعبراً، وكذا إذا كان التوكيل من جانب الملتمس لما ذكرنا **لكن التوكيل بالاستقراض باطل** حتى لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا من قبل، ولأن المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمّته فيصير نظير ما لو قال: بع شيئاً من مالك على أن يكون عوضه لي **ونظير التوكيل بالشحاتة** فكان باطلاً وما استقرضه فهو لنفسه، وله أن يمنعه من الأمر ولو هلك هلك من ماله، بخلاف غيره من هذه الصور فإنه ليس له بدل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط أن يكون العوض لغيره، وإنما حكمه يثبت بالقبض والوكيل أجنبي عن المحل فلا يمكن أن يكون أصيلاً فيه فصار سفيراً عن المالك، بخلاف البيع لأنه يتلعق بالعبارة حيث يتعلق حكمه وحقوقه بها وهي له فلم يكن أجنبياً بل أصيلاً فيه.

قال رحمه اللّه: (وللمشتري منع الموكل عن الثمن) يعني إذا وكل رجل رجلاً ببيع شيء فباعه ثم إن الموكل طالب المشتري بالثمن له منعه لأن الموكل أجنبي عن العقد وحقوقه، لأنها تتعلق بالعاقد على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (وإن دفع إليه) أي إلى الموكل (صح ولا يطالبه الوكيل ثانياً) لأن المقبوض حقه فلا فائدة في نزعه منه ثم ردّه عليه وبرئت ذمة المشتري لوصول الثمن إلى مستحقه، بخلاف ما إذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن إلى اليتيم حيث لا تبرأ ذمّته بل يجب عليه أن يدفع الثمن إلى الوصي ثانياً لأن اليتيم ليس له قبض ماله أصلاً فلا يكون له الأخذ من المدين فيكون الدفع إليه تضييعاً فلا يعتدّ به، وأما الموكل في مسألتنا فمتصرف في ماله، ولا/ يتقدّم أحد عليه فيه فيكون قبضه [٣/١ ٣] معتبراً، وبخلاف الوكيل في الصرف إذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث

(لكن التوكيل بالاستقراض باطل) قال قاضيخان رحمه اللّه: وإن وكل بالاستقراض إن أضاف الوكيل الاستقراض إلى الموكل فقال: إن فلاناً يستقرض منك كذا أو قال: أقرض فلاناً كذا كان القرض للموكل، وإن لم يضف الاستقراض للموكل يكون القرض للوكيل اهـ وكتب ما نصه قال قاضيخان رحمه اللّه: ولا تصح الوكالة بالمباحات كالاحتطاب والاحتشاش والاستقاء واستخراج الجواهر من المعادن فما أصاب الوكيل شيئاً من ذلك فهو له، وكذا التوكيل بالتكدّي اهـ وكتب ما نصه: قال في القنية في باب مسائل متفرقة من كتاب الوكالة: التوكيل بالاستقراض لا يصح والتوكيل بقبض القرض يصح بأن يقول لرجل: أقرضني ثم يوكل رجلاً بقبضه صح اهـ قال قاضيخان في فتاواه: ولو وقعت المنازعة بين الوكيل بالاستقراض وبين موكله فقال الوكيل قبضت المال من المقرض ودفعت إلى الموكل، وأنكر الموكل لا يقبل قول الوكيل، لأن الوكيل يريد بهذا إلزام المال على الموكل فلا يقبل قوله في إيجاب المال على الموكل اهـ قوله: **(ونظير التوكيل بالشحاتة)**

يبطل الصرف ولا يعتدّ بقبضه، لأن جواز الصرف معلق بالقبض قبل الافتراق فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول، وهما يتعلقان بالعاقدين فكذا القبض في الصرف، وقبض الثمن في مسألتنا ليس كالإيجاب والقبول، وإنما جاز لوصول حقه إليه، ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل تقع المقاصة بمجردّ العقد لوصول الحق إليه بطريق التقاص، ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لأنه قضى دينه بمال الموكل بخلاف الصرف حيث لا تقع المقاصة بالدين، لأن القبض فيه كالإيجاب والقبول فلا بدّ من وجوده حقيقة أو حكماً بإضافة العقد إلى الدين وهذا عندهما، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: لا تقع المقاصة بدين الوكيل وهو مبني على جواز إبراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز إبراؤه فكذا تقع المقاصة بدينه وعنده لايجوز فلا تقع، ووجه البناء أن المقاصة إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض ولهذا لو كان له عليهما دين كانت المقاصة بدين الموكل أولى عندهما كما لوأبرآه معاً فإنه يبرأ بإبراء الموكل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه، وقول أبي يوسف استحسان، ووجهه أن الثمن الذي في ذمّة المشتري ملك الموكل لأنه بدل ملكه وإبراؤه تصرف فيه على خلاف ما أمر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن، ثم وهبه للمشتري ودليل الخلاف ظاهر ولهذا يصير ضامناً، ووجه قولهما أن الإبراء إسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل، ألا ترى أن الموكل ليس له أن يمنعه من ذلك، ولو أراد أن يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك فكان هو بالإبراء ممتنعاً عن القبض مسقطاً حق نفسه فيصح منه إلا أنه بقبضه يتعين ملك الآمر في المقبوض، وإذا انسدّ عليه هذا الباب بإبرائه صار ضامناً له بمنزلة الراهن إذا أعتق المرهون ينفذ إعتاقه لمصادفته ملكه، ويضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالإعتاق، وعلى هذا الخلاف إبراء الولي والوصي فيما باعاه من مال الصغير.

باب الوكالة بالبيع والشراء

الأصل أن الجهالة إذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة الوكالة وإلا فلا، والجهالة ثلاثة أنواع جهالة فاحشة وهي الجهالة في الجنس فتمنع صحة الوكالة سواء بَيَّنَ الثمن أو لم يبين كما لو وكله بشراء ثوب أو دابة أو نحو ذلك،

قال في المجمع: في باب الذال المعجمة والشحاذ الملح في مسألته وعوام العراقيين يقولون: شحاث بالثاء ويخطؤون فيه اهـ

والثانية جهالة يسيرة وهي ما كانت في النوع المحض **كما لو وكله بشراء فرس أو حمار** أو ثوب هروي أو مروي أو نحو ذلك، **فإنه تجوز الوكالة به** وإن لم يبين الثمن، **وقال بشر: لا تجوز** والحجة عليه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام: «**وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للأضحية**»(١) ولأن جهالة النوع لا تخل بالمقصود ويمكن دفعها بصرف التوكيل إلى ما يليق بحال الموكل حتى لو أن عامّياً وكل رجلاً بشراء فرس فاشترى فرساً يصلح للملوك لا يلزمه، **والثالثة جهالة بين النوع والجنس** كما لو وكله بشراء عبد أو جارية إن بين الثمن أو النوع بأن قال: عبداً تركياً أو حبشياً أو نحو ذلك جازت الوكالة، وإن لم يبين واحداً منهما لم تجز لأنه ببيان الثمن يعلم من أي نوع يريد، وببيان النوع يعلم ثمنه/ فتبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة [٣ ب/٣]

باب الوكالة بالبيع والشراء

قوله: (**باب الوكالة بالبيع والشراء**) كذا ترجم في الهداية وقال عقبه فصل في الشراء قال الإتقاني رحمه الله: قدم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر الأبواب لكثرة وقوع البيع والشراء ومساس الحاجة إلى الوكالة في ذلك ثم قدم فصل الشراء لأن الشراء مثبت لما هو الأصل في عقد البيع وهو المبيع والبيع مزيل له والثبوت قبل الزوال فكان الشراء أولى بالتقديم اهـ **قوله**: (**كما لو وكله بشراء فرس أو حمار**) قال الإتقاني نقلاً عن الأصل لمحمد: وإذا قال له: اشتر لي حماراً ولم يسم الثمن فهو جائز عليه، وكذلك لو قال: اشتر لي بغلاً فإن اشترى له شيئاً لا يتغابن الناس في مثله لم يلزم الآمر ولزم المشتري، وإذا أمره أن يشتري له ثوباً فإن ذلك لا يلزم الآمر وإن سمى الثمن فإن ذلك أيضاً لا يجوز من قبل أن الثياب مختلفة فإن قال: اشتر ثوباً هروياً ولم يسم الثمن فهو جائز إذا اشتراه بما يشترى مثله أو زاد على ذلك بما يتغابن الناس في مثله، وكذلك كل جنس سماه من الثياب فإن سمى له ثمناً فزاد على ذلك الثمن لم يلزم الآمر، وإن نقص من ذلك الثمن لم يلزم الآمر فإن وصف له صفة وسمى له ثمناً فاشترى له تلك الصفة بأقل من ذلك الثمن جاز ذلك على الآمر اهـ **قوله**: (**وقال بشر: لا تجوز**) أي وهو القياس اهـ قال الإتقاني: وقال بشر المريسي: تمنع وإن كانت يسيرة لأنها تمنع الامتثال اهـ وبقول بشر قال الشافعي في وجه وأحمد في رواية لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح إلا ببيان المعقود عليه اهـ كاكي. **قوله**: (**وَكَّلَ حكيم بن حزام بشراء شاة للأضحية**) وجعل جهالة النوع عفواً ولأن التفاوت بين النوع والنوع يسير فلا يمنع الامتثال لكن تنصرف الوكالة إلى ما يليق بحال الموكل اهـ إتقاني. **قوله**: (**والثالثة جهالة بين النوع والجنس**) قال الإتقاني نقلاً عن قاضيخان

---

(١) تقدم تخريجه.

بخلاف ما إذا كانت الجهالة في الجنس، حيث تمنع صحة الوكالة وإن بين الثمن لأنه بذلك القدر من الثمن يوجد من كل نوع فلا يفيد المعرفة.

قال رحمه الله: (أمره بشراء ثوب هروي أو فرس أو بغل صح سمى ثمناً أو لا) لأنه لم تبق الجهالة بعد إعلام الجنس إلا في الصفة وهي متحملة في الوكالة لأن الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن ينظر في حاله إذ اختلاف الصفة لا يوجب اختلاف أصل المقصود، ولا يشترط في مثله تسمية الثمن لصحة الوكالة لأنه ببيان جنس المثمن يصير معلوماً عادة، فصار كما لو وكله بشراء ثوب هروي على أي صفة كان ولأنا لو شرطنا الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع ربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك وضاق الأمر على الناس **وحرجوا** والحرج مدفوع.

قال رحمه الله: (**وبشراء عبد أو دار جاز إن سمى ثمناً وإلا لا**) لأن هذه جهالة متوسطة بين الجنس والنوع وليست بفاحشة ولا يسيرة فإذا بين ثمنه علم من أي نوع مقصوده لأن ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس، والتحق بجهالة النوع بذلك فجازت الوكالة به وإن لم يبين ثمنه التحق بجهالة الجنس فلم تجز الوكالة به، وهذا لأنه باعتبار منفعة العمل جنس واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال أجناس مختلفة

في شرحه: والثالثة ما يكون بين الجنس والنوع كما لو وكله بشراء عبد أو جارية أن بين الثمن أو الصفة بأن قال: تركياً أو هندياً أو رومياً صحت الوكالة، وإن لم يبين الثمن أو الصفة لا يصح لأن اختلاف العبيد والجواري أكثر من اختلاف سائر الأنواع، وعادة الناس في ذلك مختلفة فكانت بين الجنس والنوع، وكذا الدار ملحقة بالجنس من وجه لأنها تختلف بقلة المرافق وكثرتها، فإن بيَّن الثمن ألحقت بجهالة النوع وإن لم يبين ألحقت بجهالة الجنس، والمتأخرون قالوا: في ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة لأنها تختلف باختلاف المحلة وبما سمي من الثمن وكذا لو قال: اشتر لي حنطة لا يصح ما لم يبين عدد القفزان أو الثمن لأن الحنطة تتناول القليل والكثير فما لم يبين المقدار أو الثمن اهـ **قوله: (وحرجوا)** حرج صدره ضاق حرجاً من باب لبس اهـ مغرب. **قوله في المتن: (وبشراء عبد أو دار)** قال محمد بن الحسن في الأصل: وإذا وكل الرجل رجلاً أن يشتري له جارية أو عبداً فإن هذا لا يجوز من قبل أن العبيد والجواري مختلفون، فإن وكله أن يشتري له عبداً مولداً أو حبشياً أو سندياً أو سمى جنساً من الأجناس فإن ذلك جائز أيضاً، وتسمية الثمن وتسمية الجنس سواء اهـ غاية. ثم قال في الأصل: وإذا وكله أن يشترى له داراً ولم يسم الثمن فإن ذلك لا يلزم الآمر ولا يجوز عليه وقالوا في شروح الجامع الصغير: رجل أمر آخر أن يشتري جارية أو ثوباً أو دابة أو داراً ولم يسم الثمن فهو مشتر لنفسه، والوكالة باطلة وإن سمى ثمن الدار وبين جنس الدابة والثوب جاز اهـ غاية. **قوله في المتن: (جاز إن سمى ثمناً وإلا لا)** أي وإن لم يسم الثمن لا يجوز، وهذا إذا اقتصر على ذكر العبد ولم يبين نوعه، أما

فإن الجمال منفعة مطلوبة من بني آدم، ولهذا جعل رؤية الوجه من بني آدم كرؤية الكل لحصول العلم بالمقصود وهو الجمال لكونه مجمع المحاسن، وباعتبار هذه المنفعة يختلف التركي والهندي والسندي والحبشي والتكروري، وكذا إذا بين نوعه تجوز الوكالة به لحصول العلم بمقصوده، لأنه إنما جازت الوكالة به إذا بين ثمنه لكونه معلوم النوع فعند التصريح بنوعه أولى أن تجوز.

قال رحمه اللّه: (وبشراء ثوب أو دابة لا وإن سمى ثمناً) يعني ولو وكله بشراء دابة أو ثوب لايصح التوكيل وإن بين ثمنه لأن هذه جهالة في الجنس فلا يتمكن الوكيل من الامتثال لتفاحش الجهالة لأن ما من نوع يشتريه الوكيل من أنواع ذلك الجنس إلا ويمكن الموكل أن يقول: إني عنيت خلافه، والأمر بما لا يمكن الامتثال به باطل، فتخلص لنا من جميع ما ذكرنا أن الجهالة إذا كانت في الجنس لا تجوز الوكالة به مطلقاً وإن كانت في النوع تجوز مطلقاً وإن كانت ما بينهما بأن كانت أنواعاً، فإن ذكر الثمن أو النوع جازت والتحق بالثاني، وإن لم يبين التحق بالأول فلم تجز، والجنس ما يدخل تحته أنواع متغايرة، والنوع اسم لأحد ما يدخل تحت اسم فوقه، وقيل: الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع، والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص، وقيل: كل اسم منتظم أشياء نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار ما دونه، هذا الذي ذكرناه كله إذا لم يكن فيه دلالة على العموم، وإن كان فيه دلالة على العموم **بأن قال: ابتع لي ما رأيت جازت الوكالة** لأنه فوّض الأمر إلى رأيه فأي شيء اشتراه له يكون ممتثلاً، وكذا لو قال: اشتر لي بألف ثياباً أو دواب أو أشياء أو ما شئت أو ما رأيت أو أدنى شيء حضرك أو ما يوجد أو ما يتفق جاز لأن التعميم دلالة التفويض إلى رأيه، وكذا لو قال: اشتر لي بألف أو بع جازت الوكالة ويصير مستقرضاً للألف منه ويصير البائع قابضاً للآمر أوّلاً بحكم القرض ثم يصير قابضاً لنفسه، وكذا إذا قال: اجعله بضاعة لي لأن لفظ البضاعة يدل على العموم، وكذا لو قال: اشتر لي به ولم يزد عليه فإنه يصح استحساناً لأنه تفويض عام، فكأنه قال: اشتر لي ما بدا لك / أو قال: سلطتك على الشراء، وكذا لو قال: أذنت لك أن تشتري به لما بينا. [٤ / ٣/أ]

قال رحمه اللّه: (**وبشراء طعام** يقع على البر ودقيقه) أي لو وكله بشراء طعام

إذا بين فحينئذٍ يجوز كما سيصرح به الشارح رحمه اللّه تعالى اهـ **قوله: (بأن قال: ابتع لي ما رأيت جازت الوكالة)** أي جازت مع الجهالة كالبضاعة والمضاربة اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وبشراء طعام إلخ)** قال في الهداية: ومن دفع إلى آخر دراهم وقال: اشتر لي طعاماً فهو على

ينصرف إلى الحنطة ودقيقها حتى لا يكون له أن يشتري له غيرهما من الطعام، والقياس أن يتناول كل مطعوم لأنه اسم له كما لو حلف لا يأكل طعاماً، **وجه الاستحسان** أن الطعام مقرون بالبيع أو الشراء يراد به البر عادة ودقيقه ولا عرف فيما إذا كان مقروناً بالأكل فبقي على حقيقته فيحنث بأكل أي طعام كان، حتى لو حلف لا يشتري أو لا يبيع طعاماً لا يحنث إلا بالبر لما ذكرنا، **وقيل**: إن كانت الدراهم كثيرة فعلى البر وإن كانت قليلة فعلى الخبز، وإن كانت بين الأمرين فعلى الدقيق، والفارق في ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى إذا عرف أنه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بأن كان عنده وليمة يتخذها هو جاز له أن يشتري الخبز له لأن حاله يدل على أنه ما يشتريه للادّخار وهو المرجح لجانب الحنطة، إذ الخبز لا يقبل الادّخار وكذا الدقيق لا يقبله طويلاً فتعين البر للادّخار وهو في الكثير عادة، وقال بعض مشايخ ما وراء النهر: الطعام في عرفنا ينصرف إلى ما يمكن أكله يعني المهيأ للأكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه، وقال الصدر الشهيد رحمه اللّه: وعليه الفتوى. وإذا لم يدفع إليه دراهم وقال: اشتر لي طعاماً لم يجز على الآمر لأنه وكله أن يشتري له مكيلاً ولم يبين له مقداره، وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث أن الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمى له.

قال رحمه اللّه: (وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده) يعني من غير أمر الموكل لأن الردّ بالعيب من حقوق العقد وهي كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل فيستبدّ به.

قال رحمه اللّه: (ولو سلمه إلى الآمر لا يردّه إلا بأمره) **لأن حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم إليه**، ولأن في رده بغير إذنه إبطال ملكه ويده الحقيقية فلا يمكن منه بدون رضاه، ولأنه أصيل في حق الحقوق نائب في حق الحكم على أصح الأقوال فكان له

الحنطة ودقيقها اهـ **قوله**: (**وجه الاستحسان إلخ**) قال الإتقاني: وجه الاستحسان أن الطعام في عرفهم يتناول الحنطة ودقيقها إذا ذكر مقروناً بالشراء، ولهذا يسمى عندهم السوق الذي يباع فيه الحنطة ودقيقها سوق الطعام، وإذا كان العرف هكذا ترك القياس به لأن العرف أقوى من القياس، لأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص اهـ **قوله**: (**وقيل**) هذا قول الفقيه أبي جعفر الهندواني اهـ غاية. **قوله**: (**لأن حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم إليه**) ولهذا قالوا: إذا سلمه إلى الموكل لم يكن للشفيع أن يطالب الوكيل لأنه خرج من الوكالة وانقطع حقه، كذلك هكذا قال محمد بن الحسن في الجامع الكبير: الوكيل بالشراء إذا اشترى جارية ودفعها إلى الآمر ثم علم بعيب فإنه لا يردها إلا برضا الآمر فإن لم يدفعها إلى الآمر فله أن يردها، فإن رضي بالعيب أو أبرأ البائع عن العيب وقد أمره الآمر بردها صح رضاه

جانبان فجانب النيابة يمنعه الردّ، وجانب الأصالة لا يمنعه، فعملنا بجانب الأصالة قبل الدفع إلى الموكل وبجانب النيابة بعده وقد أمكن العمل بهما بهذا الطريق، ولو رضي الوكيل بالعيب جاز وسقط حق الردّ لما ذكرنا أنه أصيل في الحقوق، وهذا على قولهما ظاهر لأنه يملك الإبراء عن الثمن فعن العيب أولى، **واختلف المشايخ** على قول أبي يوسف رحمه الله: **فعامتهم صححوا إبراءه وفرقوا بين هذا وبين الإبراء** عن الثمن بأن الإبراء عن الثمن يحتمل أن يكون مضراً به، لاحتمال أن يكون المشتري أملأ من الوكيل فإذا برئ يبقى دينه في ذمّة الوكيل وهو مفلس فيتضرر به، بخلاف الإبراء عن العيب لأن الموكل فيه على خياره إن شاء رضي بالعيب وأخذه، **وإن شاء ردّه على الوكيل** إذ لا يلزم الموكل بإبرائه ولا يسقط خياره به، وهذا لأن بينهما مبادلة حكمية كأن الوكيل باعه من الموكل **ولهذا يحبس الوكيل المبيع حتى يستوفي الثمن** من الموكل، فإسقاط حقه في العقد الأول لا يلزم منه سقوط حق من اشترى منه.

قال رحمه الله: (وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله) أي الوكيل بالشراء إذا اشترى ودفع الثمن من ماله للبائع له أن يحبس المبيع بالثمن الذي دفعه للبائع من ماله لما ذكرنا من أن المبادلة الحكمية قد جرت بينهما، وصار الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه **ولهذا لو وجد الموكل به عيباً يرده عليه، ولو اختلفا في الثمن**

وإبراؤه في حقه دون الآمر حتى كان للآمر أن يأخذ الجارية مع العيب، وإن شاء تركها على المأمور وضمنه الثمن قالوا في شروح الجامع الكبير: وهذه المسألة حجة لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على أبي يوسف في مسألة الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن، فلو لم يكن الإبراء عن الثمن صحيحاً ثمة في حق الآمر لم يصح الإبراء عن العيب هاهنا أيضاً اهـ غاية. **قوله**: (**واختلف المشايخ**) قال الإتقاني: ومنهم أي المشايخ من قال: لا بل صح الإبراء عن العيب عند الكل قبل القبض وبعده وفرقوا لأبي يوسف. **قوله**: (**فعامتهم صححوا إبراءه**) أي إبراءه عن العيب بخلاف الثمن اهـ **قوله**: (**وفرقوا بين هذا**) أي بين إبراء الوكيل بالشراء عن العيب اهـ **قوله**: (**وبين الإبراء**) أي وبين إبراء الوكيل بالبيع عن الثمن اهـ **قوله**: (**وإن شاء ردّه على الوكيل**) فإن لم يختر الآمر شيئاً حتى هلكت في يد المأمور فإنها تهلك من مال الآمر، لأن يده كيد المالك في حق الملك، ولم يحدث منعاً ويرجع الآمر على المأمور بنقصان العيب لأن الآمر يشتري منه حكماً وقد وجد بها عيباً، وعجز عن ردها بموتها في يده حكماً، وكذا إذا لم تمت لكن اعورّت في يد الوكيل يرجع الموكل عليه بنقصان العيب، لأن الاعورار عيب حدث في يد الآمر حكماً اهـ غاية. **قوله**: (**ولهذا يحبس الوكيل المبيع حتى يستوفي الثمن إلخ**) وإذا وجد الموكل به عيباً يرده عليه وإذا اختلفا في الثمن تحالفا اهـ **قوله**: (**ولهذا لو وجد الموكل به عيباً يرده عليه**) أي وله أن يرجع بنقصان

تحالفا وسلامة المبيع له من جهة الوكيل فيرجع عليه بثمنه، ولأن توكيله إياه مع/ [٤ ب/٣] علمه بأن الحقوق ترجع إليه إذن منه بدفع الثمن عنه من ماله فصار كما لو أذن صريحاً فيرجع عليه به ويحبس عنه المبيع حتى يدفع إليه لتنزله منزلة البائع، وقوله: بثمن دفعه من ماله وقع اتفاقاً **لأنه لو لم يدفع الثمن أيضاً له أن يحبسه عنه**، وهذا لأنه لما نزل منزلة المشتري منه أخذ حكمه، والمشتري لا يمكن من أخذه حتى يوفيه ثمنه كما لو كان بائعاً له حقيقة، يحققه أن حبس المبيع عن الموكل ليس لأجل نقد الثمن عنه، بل لأجل أنه بائع له حكماً وهذا المعنى لا يختلف بين ما إذا نقد الثمن أو لم ينقد، وقال زفر رحمه اللّه: ليس للوكيل حبس المبيع عن الموكل لأنه نائب عنه فتقوم يده مقام يد الموكل **ويكون قبضه قبض الموكل**، ولا يحبس المبيع بعد القبض وهذا لأن المبيع أمانة في يده، وليس للأمين حبس الأمانة بدين له على صاحبها، قلنا: الموكل ملك المبيع بعقد باشره الوكيل ببدل استوجبه عليه وهذا معنى البيع فيحبسه به كما لو باعه، إياه حقيقة، وقد ذكرنا أن بينهما مبادلة حكمية ولهذا يردّه الموكل على الوكيل بعيب ويجري التحالف بينهما عند الاختلاف في

العيب إذا هلك عند الموكل اهـ غاية. **قوله**: (**ولو اختلفا في الثمن تحالفا**) والتحالف من خواص المبادلة اهـ غاية. **قوله**: (**لأنه لو لم يدفع الثمن أيضاً له أن يحبسه عنه**) قال صاحب الذخيرة: لم يذكر محمد في شيء من الكتب أن الوكيل إذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع إليه هل له حق الحبس عن المبيع إلى أن يستوفي الثمن، ثم قال: حكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني أن له ذلك لأن حق الحبس للوكيل ليس لأجل ما نقد بل لأجل بيع حكمي انعقد بين الوكيل والموكل، وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وقبله قلت: هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفي عليه هذا، وقد صرح محمد في الأصل في باب الوكالة في الشراء فقال: وإذا وكل الرجل رجلاً أن يشتري له عبداً بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه وطلب الآمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفي الثمن في قول أبي حنيفة، وإن كان الوكيل نقد الثمن أو لم ينقد فهو سواء إلى هنا لفظه في الأصل، وقال في الفتاوى الصغرى[١]: الوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسيئة فحل عليه الثمن بموته لا يحل على الآمر ونقله عن باب الوكالة بالشراء من وكالة الكافي اهـ إتقاني. **قوله**: (**ويكون قبضه قبض الموكل**) وإذا سلمه حقيقة سقط حق الحبس فكذا إذا سلمه حكماً، ولأن الوكيل أمين ألا ترى أنه لا يضمن بالهلاك عنده كالمودع، فليس للأمين حق الحبس بعد طلب المودع اهـ غاية. **قوله في**

---

(١) هي للشيخ الإمام عمر بن عبد العزيز المعروف بحسام الدين الشهيد المقتول سنة (٥٣٦هـ). انظر كشف الظنون (٢/ ١٢٢٤).

الثمن، وهذا من خصائص البيع فكذا هذا الحكم ولا نسلم أن قبضه قبض الموكل بل قبضه يجوز أن يكون لإحياء حق نفسه، ويجوز أن يكون لتتميم مقصود الموكل فيتبين في الآخرة بحبسه أن القبض كان لحقه، وبعدم الحبس كان للموكل وقبل ذلك الأمر موقوف فلا يحكم عليه بشيء ولأن هذا القبض لا يمكن التحرز عنه إذ لا يقدر على القبض على وجه لا يصير الموكل به قابضاً، وما لا يمكن التحرز عنه يكون عفواً فلا يسقط به حقه من غير رضاه إذ في سقوطه ضرر عليه.

قال رحمه اللّه: (**فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن**) لأن الوكيل في القبض عامل للموكل فيصير قابضاً بقبض الوكيل حكماً فما لم يمنعه منه لا يكون مسترداً له، فإذا هلك هلك من مال الآمر فكان له أن يرجع عليه، بخلاف ما إذا حبسه عنه ثم هلك لأنه صار مسترداً بالحبس **أو تبين به أنه قبضه لنفسه**.

قال رحمه اللّه: (وإن هلك بعد حبسه فهو كالمبيع) يعني يهلك بالثمن **وهذا عند أبي حنيفة ومحمد** رحمهما اللّه، وقال زفر رحمه اللّه: هو كالغصب فيضمن جميع قيمته **لأنه ليس له أن يحبسه عنده** فبالحبس يكون متعدياً كالمودع يمنع الوديعة

المتن: (**فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن**) وذلك لأن المبيع أمانة في يد الوكيل لأنه قبضه للموكل وليس على الأمين شيء ما لم يحدث منعاً فلا يضمنه، كما إذا هلكت الوديعة في يد المودع اهـ إتقاني. **قوله**: (**أو تبين به أنه قبضه لنفسه**) أي قبضه لنفسه لا للموكل وإذا وقع القبض للوكيل لم يوجد التسليم منه إلى الموكل اهـ **قوله**: (**وهذا عند أبي حنيفة ومحمد**) قال الإتقاني: قوله: فإن حبسه فهلك كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف وضمان المبيع عند محمد هذا لفظ القدوري في مختصره، ولم يذكر قول أبي حنيفة فيه كما لم يذكر في المختلف والحصر وغير ذلك، وقال الشيخ أبو نصر البغدادي: ذكر في الجامع الصغير قول أبي حنيفة مثل قول محمد اهـ **قوله**: (**لأنه ليس له أن يحبسه عنده**) اعلم أن المضمونات أنواع منها الرهن وهو مضمون بالأقل من قيمته، ومن الدين والمبيع في يد البائع وهو مضمون بالثمن حتى إذا هلك سقط الثمن قل الثمن أو كثر، والمغصوب وهو مضمون بالمثل إن كان مثلياً وبالقيمة إن كان قيمياً بالغة ما بلغت، والمشترى إذا حبسه الوكيل لاستيفاء الثمن فهلك ففيه خلاف فقال أبو يوسف: هو مضمون بالأقل من قيمته ومن الثمن كالرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الرهن، وقال أبو حنيفة ومحمد: مضمون بالثمن كالمبيع يهلك قبل القبض، وقال زفر: يضمن ضمان الغصب لأن من مذهبه أن ليس له حق الحبس فصار بالحبس غاصباً، ولنا أن الوكيل كالبائع من الموكل لأن الموكل انتقل الملك إليه من جهته، ثم الوكيل قد عين حق الموكل في

عن صاحبها، وقال أبو يوسف رحمه الله: هو كالرهن فيكون مضموناً بالأقل من قيمته ومن الدين لأنه صار مضموناً بالحبس للاستيفاء **بعد أن لم يكن مضموناً** به وهذا هو معنى الرهن، بخلاف المبيع فإنه مضمون بنفس العقد حبسه البائع أو لم يحبسه، يحققه أن حبسه للاستيفاء بعد أن لم يكن محبوساً به وأن أصل العقد لا ينفسخ بهلاكه وهذا حكم الرهن بخلاف البيع فإن المبيع فيه يكون محبوساً من أوّل ما يوجد وينفسخ البيع بهلاكه، ولهما أن بينهما مبادلة حكمية بدليل ما ذكرنا من الأحكام فيكون معتبراً بالمبادلة الحقيقية وهو البيع، ولا نسلم أن العقد لا ينفسخ بل ينفسخ بينهما وإن لم ينفسخ في حق البائع، وكذا لو رضي الوكيل بالعيب ولم يرض به الموكل ينفسخ العقد بينهما وإن لم ينفسخ في حق البائع، والدليل على أنه ليس كالرهن أنه يثبت في النصف الشائع والحبس بحكم الرهن لا يثبت فيه، فإن قيل: لو اشتراه الوكيل بثمن مؤجل يثبت الأجل في حق الموكل ولو كان بينهما/ مبادلة [٥ أ/٣] حكمية لما ثبت كما لا يثبت في حق الشفيع، **قلنا**: إن الوكيل والموكل يملكان

المشترى حيث اشتراه له فوجب على الموكل أيضاً أن يعين حق الوكيل في الثمن بالتسليم إليه فكان حبسه لاستيفاء الثمن بحق فلم يكن غاصباً، ثم قال أبو يوسف: إنه مضمون ضمان الرهن حتى لو كان فيه وفاء بالثمن سقط وإلا رجع بالفضل، وقال محمد: مضمون ضمان المبيع فإذا هلك سقط كل الثمن لأن الوكيل كالبائع، وجه قول أبي يوسف أنه ليس ببائع حقيقة إلا أنه يحبس المشترى بدين على الموكل، وهو الرهن بعينه لأن الرهن هو الحبس بالدين قال ذلك كله الشيخ قوام الدين الإتقاني رحمه الله ثم قال: ثمرة الخلاف تظهر فيما إذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة فعند أبي يوسف يرجع الوكيل على الموكل بالفضل وهو الخمسة وتظهر فائدة الغصب في عكس هذا أن تكون قيمة المبيع خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بالخمسة وعلى قول محمد لا يتفاوت الحال بين أن يكون الثمن كثيراً أو قليلاً، لأنه يسقط بهلاك المبيع ولا يجب شيء أصلاً اهـ وقال الكاكي رحمه الله: وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا كانت قيمته عشرة مثلاً والثمن خمسة عشر يرجع الوكيل على الموكل بخمسة عند أبي يوسف، ولا يرجع أحدهما على الآخر عند زفر وعند أبي حنيفة ومحمد أيضاً، ولو كانت القيمة خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة، ولا شيء عليه عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف اهـ **قوله**: (**بعد أن لم يكن مضموناً به**) يعني لم يكن مضموناً في الابتداء كما قال زفر، وإنما صار مضموناً بالحبس اهـ **قوله**: (**قلنا إلخ**) فيه نظر لقوله قبيله إن المبادلة الحكمية الواقعة بينهما معتبرة بالحقيقة فلا يستقيم إذاً أن يقال: إنهما يملكانه بعقد واحد ويتم به الفرق اهـ تأمل. **قوله**:

المبيع بعقد واحد فما شرط فيه يلزمهما بخلاف الشفيع فإنه يملكه بعقد جديد فما شرط في العقد الأول لا يكون مشروطاً في الثاني.

قال رحمه الله: (وتعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل) لأن المستحق فيهما قبض العاقد والعاقد هو الوكيل فيشترط قبضه وإن كان لا تتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه لأن قبضه وتسليمه صحيح، وإن لم تتوجه عليه المطالبة ففي حكم صحة التقابض هو كوكيل تعلق به حقوق العقد، فإذا قبض الوكيل تم العقد لوجود شرطه وإن فارقه قبل القبض بطل لفقد شرطه، وإن فارقه الموكل قبل القبض لا يبطل لأنه ليس بعاقد بخلاف الرسول فيهما، لأن الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل إلى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يجوز، وقال في النهاية: هذا إذا كان الموكل غائباً عن مجلس العقد، وأما إذا كان حاضراً في مجلس العقد يصير كأنّ الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل وعزاه إلى خواهر زاده، **وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل** في باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر، ثم ذكر فيه بعده بأسطر فقال: المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس، وغيبة الموكل لا تضرّ وعزاه إلى وكالة المبسوط وإطلاقه وإطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلاً ولو كان حاضراً، وفي قوله: تعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم إشارة إلى أن التوكيل فيهما جائز، وإنما جاز لأنه عقد يملكه الموكل فجاز أن يوكل به كسائر أنواع البياعات والإجارات، وهذا في الصرف مجرى على إطلاقه فإنه يجوز التوكيل فيه من الجانبين، وأما في السلم فإنما يجوز بدفع رأس المال فقط، وأما بأخذه فلا يجوز لأن الوكيل إذا قبض رأس المال يبقى المسلم فيه في ذمّته وهو مبيع ورأس المال ثمنه، ولا يجوز أن يبيع الإنسان ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره كما في بيع العين، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقداً لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمّته ورأس المال مملوك له وإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضاً.

قال رحمه الله: (ولو وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يلزمه العشرون بدرهم، وذكر في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد مع قول أبي حنيفة **ومحمد رحمه الله: لم يذكر الخلاف في الأصل**، وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن هذا خلاف إلى خير لأن المأمور به

(**وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل**) قلت: هذا ليس بمشكل فإن الوكيل نائب عنه فإذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب اهـ ع. **قوله**: (**ومحمد لم يذكر الخلاف في الأصل**) وهذا لأن محمداً

صرف الدرهم في عشرة أرطال من اللحم وقد صرفه فيه مع زيادة خير فينفذ عليه كما إذا أمره أن يبيع عبده بألف فباعه بألفين، بخلاف ما لو اشترى ما يساوي عشرون رطلاً منه درهماً بدرهم حيث يصير مشترياً لنفسه بالإجماع **لأنه خالفه إلى شرّ**، لأن الآمر تناول لحماً يساوي عشرة أرطال منه درهماً بدرهم وجه الأوّل أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بأكثر منه **فينفذ الزائد عليه والعشرة على الآمر** بخلاف ما استشهد به لأن الزائد فيه بدل ملكه، **وبخلاف ما إذا وكله أن يشتري** له ثوباً هروياً بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة يساوي كل واحد منهما عشرة دراهم حيث لا يلزم الموكل واحد منهما **لأن ثمن كل واحد منهما مجهول**، إذ لا يعرف إلا بالحزر وكذا المشترى للموكل مجهول بخلاف مسألة اللحم فإنه/ موزون مقدّر فينقسم الثمن على أجزائه [٥ ب/٣] على السواء وهو معلوم يمكن قسمته بينهما على قدر حقهما، ولا يقال: هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة، لأنه لا يكون موافقاً بمثله عنده كما إذا أمر أن يطلق امرأته واحدة فطلقها ثلاثاً حيث لا يقع شيء عنده، وكذا لو اختلف الشهود بمثل هذا الاختلاف لا تقبل شهادتهم للاختلاف لأن الاتفاق فيها شرط، لأنا نقول: ذاك فيما إذا لم يجد نفاذاً على الوكيل، وأما إذا وجد فينفذ وفي ضمنه ينفذ على الآمر وهذا لأن الشراء لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل إذا وجد نفاذاً والعشرة داخلة في

قال في الأصل في آخر باب الوكالة في الشراء: وإذا وكله أن يشتري له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم، وكان للمأمور عشرة أرطال بنصف درهم إلى هنا لفظ الأصل، ولم يذكر الخلاف كما ترى وجه قول أبي يوسف «أن النبي ﷺ وكَّلَ عروة البارقي ليشتري له أضحية، واشترى شاتين فأجاز النبي ﷺ ذلك»[1]، ولأنه أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم على ظن أن سعر اللحم عشرة بدرهم فإذا زاده فقد فعل خيراً فلزم الآمر اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه خالفه إلى شر)** لأن الوكيل أمره بشراء السمين لا المهزول وهذا مهزول اهـ **قوله: (فينفذ الزائد عليه والعشرة على الآمر)** ولا يلزم علينا الزيادة القليلة كعشرة أرطال ونصف رطل حيث يلزم الجميع الآمر لأنها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة اهـ إتقاني. **قوله: (وبخلاف ما إذا وكله أن يشتري إلخ)** ذكر في التتمة وقال: إذا أمره أن يشتري له ثوباً هروياً بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة، وكل منهما يساوي عشرة قال أبو حنيفة: لا يجوز البيع في واحد منهما لأني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن ونقله عن المنتقى اهـ إتقاني. وكتب أيضاً قوله: وبخلاف جواب إشكال على أبي حنيفة اهـ **قوله: (لأن ثمن كل واحد منهما مجهول)** الفرض أن صورة المسألة فيما إذا كان يساوي كل واحد منهما عشرة فكيف يقال بعد ذلك لجهالة الثمن اهـ

---

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ٥)، والزيلعي في نصب الراية (٤/ ٩٠).

العشرين فبنفوذ العشرين تنفذ العشرة بخلاف ما ذكر في مسألة الطلاق والشهادة فإنها لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الموافقة والموافقة شرط فيه.

قال رحمه الله: (**ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه**) **معناه لا يتصوّر أن يشتريه لنفسه**، بل لو اشتراه ينوي بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل لأن فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه، والموكل غائب **حتى لو كان الموكل حاضراً وصرح بأنه يشتريه لنفسه**) كان المشترى له لأن له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل، وليس له أن يعزل نفسه من غير علمه لأن فيه تغريراً له بخلاف ما إذا وكل نفس العبد أن يشتريه له من مولاه أو وكل العبد رجلاً أن يشتريه له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للآمر ما لم يصرح به للمولى أنه يشتريه فيهما للآمر مع أنه وكيل بشراء شيء بعينه، وإنما كان كذلك لاختلاف حكمهما على ما نبين من قريب إن شاء الله تعالى، وبخلاف ما إذا وكله أن يزوّجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوّج بها لأن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل فكان مخالفاً بإضافته إلى نفسه فانعزل، وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالإضافة إلى أحد فكل شيء أتى به لا يكون مخالفاً به، إذ لا يعتبر في المطلقات إلا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على أيّ صفة كانت فيكون موافقاً بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الآمر في جنس الثمن أو قدره كان مثله على ما نذكر من قريب إن شاء الله تعالى، ولو وكله رجل آخر بأن يشتري له ذلك الشيء بعينه فاشتراه له كان للموكل الأوّل دون الثاني لأنه إذا لم يملك الشراء لنفسه فأولى أن لا يملك الشراء لغيره.

قال رحمه الله: (**فلو اشتراه** بغير النقود أو **بخلاف ما سمى له من الثمن وقع للوكيل**) لأنه خالف أمره فينفذ عليه فينعزل في ضمن المخالفة، وكذا لو وكل هذا

قارئ الهداية. **قوله في المتن**: (**ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه**) وهذا إذا لم يعين الثمن، أما إذا عين فخالف فسيأتي اهـ قوله: (**معناه لايتصوّر أن يشريه لنفسه**) وذلك لأنه يلزم فيه الغدر بالمسلم وهو حرام اهـ غاية. **قوله**: (**حتى لو كان الموكل حاضراً وصرح بأنه يشتريه إلخ**) قال الإتقاني: ولأنه لو صح شراؤه لنفسه يلزم منه إخراجه نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل فلا يجوز لأنه فسخ عقد فلا يصح من غير علم صاحبه كسائر العقود، فإذا لم يصح عزله نفسه عن الوكالة يقع شراؤه عن الموكل حيث لم يقع لنفسه اهـ **قوله في المتن**: (**فلو اشتراه إلخ**) قال في تتمة الفتاوى: الوكيل بشراء شيء بعينه إن اشترى لنفسه بنفسه لا يصح إلا إذا خالف في الثمن لا إلى خير أو إلى جنس غير الذي سماه الموكل، وإذا وكل غيره بالشراء فاشتراه له صح اهـ غاية. **قوله**: (**أو بخلاف ما سمى له من الثمن**) كما إذا وكله

الوكيل رجلاً فاشتراه وكيله وهو غائب كان الملك للوكيل الأول لما قلنا، وإن اشتراه بحضرته نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه وهو المقصود فلم يكن مخالفاً، ولأنه إذا كان حاضراً يمكن نقل كلامه إليه على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما إذا كان غائباً **وبخلاف الوكيل بالطلاق** أو العتاق إذا وكل غيره فطلّق الوكيل الثاني أو أعتق بحضرة الأول حيث لا ينفذ، وإن حضره رأيه لأن الوكيل في الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده بشيء بل يبلغ الرسالة، فإذا تصرف فقد خالف فلا ينفذ والوكيل في البيع والشراء بمنزلة المالك وهو أصيل فيه فله أن يتصرف، ولهذا لو فعل ذلك غيره من غير توكيل منه فأجازه الوكيل جاز وفي الطلاق والعتاق لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشراء فيما ذكرنا / . [٦١/٣]

قال رحمه الله: (**وإن كان بغير عينه فالشراء للوكيل** إلا أن ينوي للموكل أو يشتريه بماله) أي إن وكله بشراءعبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا إذا قال: نويت الشراء للموكل أو يشتريه بماله، **والمراد بقوله: أو يشتريه بماله أن يضيف العقد إليه**، وهذه المسألة على وجوه، إما أن يضيف العقد إلى ثمن معين أو إلى مطلق من

بأن يشتري بألف درهم فاشتراه بألف دينار اهـ ابن فرشتا. **قوله: (وبخلاف الوكيل بالطلاق)** قال في الفتاوى الصغرى في مسائل الوكيل بالطلاق والخلع والنكاح والإعتاق: وإذا وكل بالطلاق أو بالعتاق فطلق الأجنبي أو أعتق فأجاز الوكيل ذلك لا يجوز لأن المطلوب عبارته في أوّل وكالة العيون وفي مسائل شتى من النوازل، وكذا لو وكل الوكيل رجلاً فطلق الثاني لا يقع وإن كان بحضرة الوكيل الأول، بخلاف الوكيل بالبيع والنكاح والخلع والكتابة إذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الأول أو فعل أجنبي ذلك فبلغ الوكيل فأجاز ذلك يجوز إلى هنا لفظ كتاب الفتاوى الصغرى، والفرق أن الوكالة تفويض الأمر إلى الغير ليعمل فيه برأيه فإذا كان الوكيل الثاني فعل المأمور به بحضرة الوكيل الأول وجد رأي الأول، وكذا إذا فعل أجنبي فأجازه الوكيل ثم حقيقة الوكالة إنما تتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والنكاح والخلع والكتابة والإجارة ولا تتحقق فيما لا يحتاج إلى الرأي كالطلاق والعتاق بغير مال فكان الوكيل رسولاً ينقل كلام الموكل وطلاق الوكيل الثاني وعتاقه ليس بطلاق الوكيل الأول فلم يقع نقلاً لكلام الموكل والموكل إنما وكل بنقل كلامه فلأجل هذا لم يقع طلاق الوكيل الثاني وعتاقه وإن كان بحضرة الأول والله أعلم اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وإن كان بغير عينه فالشراء للوكيل)** قال في التهذيب: ولو وكله بغير عينه إنما يصير للموكل بنية الوكيل للموكل أو بصريح ذكره أو يشتري بماله ولو اشترى بغير ماله فهو موقوف على إجازة الموكل اهـ **قوله: (والمراد بقوله: أو يشتريه بماله أن يضيف العقد إليه)** لا الدفع من مال الموكل لأنه إذا اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد فإن نقد من دراهم الموكل يقع

الثمن فإن أضافه إلى معين كان المشترى لصاحب ذلك الثمن، لأن الظاهر أنه يضيف الشراء إلى مال من يشتريه له، وهذا لأن الثمن وإن كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وتعين قدره ووصفه، ولهذا لا يطيب له الربح إذا اشترى بالدراهم المغصوبة ودينه يمنعه من أن يشتريه لنفسه بإضافة العقد إلى مال غيره، لأن ذلك مستنكر شرعاً وعادة فلا يرتكبه، وقد جرى العرف فيما إذا اشترى لنفسه أن يضيف العقد إلى ماله وهو ليس بمستنكر شرعاً وعرفاً فيكون المشترى لمن يملك ذلك الثمن، وإن نوى خلاف ذلك جرياً على مقتضى العرف والشرع، ثم إذا نقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان، وإن أضافه إلى ثمن مطلق فلا يخلو إمّا أن يكون حالاً أو مؤجلاً فإن كان حالاً فلا يخلو إما أن يتصادقا على وجود النية لأحدهما أو على عدمها أو يختلفا فيه، فإن كان حالاً واتفقا على وجود النية لأحدهما كان لمن نوى له لأن الثابت باتفاقهما كالثابت عياناً واتفاقهما حجة عليهما، ولا يلتفت إلى النقد ولا عبرة به في هذه الحالة لأن له أن يشتري لنفسه وللموكل، فإذا عينه بنيته فقدتعين ويكون بالنقد من مال الموكل غاصباً فيما إذا نواه لنفسه، **وإن اختلفا في النية** يحكم النقد بالإجماع لأن دلالته على التعيين مثل دلالة إضافة الشراء إليه لأن الظاهر أن يفعل ما يجوز له شرعاً أو يجري على عوائده، وإن اتفقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد رحمه اللّه هو للعاقد لأن ما يطلقه الإنسان من التصرفات يكون لنفسه فصار كالمأمور بالحج إذا أطلق ولم ينو أنه للمحجوج عنه، وعند أبي يوسف يحكم النقد لأن المطلق يحتمل التقييد فبقي موقوفاً، فمن أيّ المالين نقد فقد عين المحتمل به فصار كحالة التكاذب، بخلاف المأمور بالحج فإن الحج عبادة وهو لا يتأدى إلا بالنية فكان مأموراً بأن ينوي الحج عن المحجوج عنه، فإذا لم يفعل كان مخالفاً، وأما المعاملات فالنية ليست بشرط فيها فلا يصير بتركها مخالفاً فيبقى الحكم موقوفاً على النقد، والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم أوّلاً الإضافة فيكون المسلم فيه لمن أضيف عقد السلم إلى ماله، ثم النية فيكون لمن نوى له بالعقد إن تصادقا على النية، وإن تكاذبا فيحكم النقد، وإن تصادقا على أنه لم تحضره النية فعلى الخلاف الذي

الشراء للموكل، وإن نقد من دراهم الوكيل يقع الشراء للوكيل اهـ غاية. واعلم أنه إذا أضاف الوكيل العقد إلى مال الموكل فلا فرق حينئذٍ بين أن ينوي الوكيل العقد لنفسه أو يطلق في أن العقد يقع للموكل، كما يأتي ذلك صريحاً في كلام الشارح آخر هذه الصفحة في قوله: فيكون المشترى لمن يملك ذلك الثمن وإن نوى خلاف ذلك واللّه الموفق اهـ **قوله: (وإن اختلفا في النية)** فقال الموكل: اشتريته لي وقال الوكيل إشتريته لنفسي اهـ **قوله:**

ذكرنا، ومن مشايخنا من قال: لا خلاف بين أبي يوسف ومحمد في الشراء فيما إذا تصادقا على أن النية لم تحضره بل بالإجماع يكون للعاقد، وإنما الخلاف في السلم **لأن للنقد فيه أثراً في تنفيذ العقد** فيستدل به على وقوعه لمن نقد من ماله، بخلاف الشراء ففرق هذا القائل لأبي يوسف بهذا الفرق، وإن كان الثمن مؤجلاً فهو للوكيل لأن النقود تتعين في الوكالة فإذا اشترى بثمن مؤجل لم يضف العقد إلى ما تعلقت به الوكالة فيكون مخالفاً.

قال رحمه الله: (وإن قال: اشتريت للآمر وقال الآمر: لنفسك فالقول/ للآمر [٦ ب/٣] وإن كان دفع إليه الثمن فللمأمور) **معناه أمره بأن يشتري له عبداً بألف مثلاً ثم قال: المأمور: اشتريت لك عبداً** وقال الآمر: اشتريته لنفسك كان القول قول الآمر إن لم يكن الثمن مدفوعاً إلى الوكيل وإن كان مدفوعاً إليه كان القول للمأمور، **وهذه المسألة على ثمانية أوجه، إما أن يكون** مأموراً بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين

(**لأن للنقد فيه أثراً في تنفيذ العقد**) حتى إذا لم ينقد رأس المال في المجلس بطل السلم اهـ **قوله: (معناه أمره بأن يشتري له عبداً بألف مثلاً فقال المأمور: اشتريت لك عبداً)** ظاهره يقتضي أن وضع كلام المصنف رحمه الله فيما إذا أمره بشراء عبد غير معين، وعلى هذا فإن حمل كلام المصنف على أن الاختلاف بين الوكيل والموكل صدر والعبد هالك فيكون ما ذكره المصنف من المسائل التي لا خلاف فيها بين الإمام وصاحبيه رضي الله عنهم، وإن حمل كلام المصنف على ما إذا صدر الاختلاف بينهما والعبد حي فيكون قوله فالقول للآمر أي على قول أبي حنيفة، أما عندهما فالقول للمأمور، وأما قول المصنف وإن كان دفع إليه الثمن إلخ فما لا خلاف فيه على كل حال هذا ما ظهر لكاتبه حال المطالعة قبل المراجعة والله الموفق للصواب اهـ وكتب أيضاً، قال في الهداية: قال: ومن أمر رجلاً بشراء عبد بألف درهم فقال قد فعلت ومات عندي، وقال الآمر: اشتريته لنفسك فالقول: قول الآمر، قال الإتقاني: أي قال محمد في بيوع الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يأمر الرجل أن يشتري له عبداً بألف درهم فجاء المأمور فقال: اشتريت لك عبداً بألف درهم وقبضته فمات وقال الآمر اشتريت عبداً بألف درهم وقبضته ومات عندك وإنما اشتريته لنفسك قال: القول قول الآمر إلى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وهي من الخواص، وهذه المسألة على أوجه إما أن يكون الوكيل مأموراً بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد قائماً أو هالكاً فإن كان العبد بغير عينه والثمن غير منقود وقال الوكيل: اشتريت وقبضت وهلك لم يقبل قوله وهي مسألة الكتاب اهـ والظاهر أن صاحب الكنز رحمه الله أراد ما ذكره صاحب الهداية والجامع الصغير من كون العبد بغير عينه وهو هالك فتنبه اهـ **قوله: (وهذه المسألة على ثمانية أوجه إما أن يكون**

إما أن يكون الثمن منقوداً أو غير منقود وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد حياً حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتاً، فإن كان مأموراً بشراء عبد بعينه فإن أخبر بشرائه والعبد حي قائم فالقول للمأمور إجماعاً منقوداً كان الثمن أو غير منقود لأنه أخبر عن أمر يملك استئنافه والمخبر به في التحقيق والثبوت يستغني عن الإشهاد فيصدّق، كقوله لمطلقته: راجعتك، وهي في العدّة وكذبته فإن القول له وبهذا وقع التقصي عن الولي إذا أقر على موليته بالنكاح **حيث لا يثبت النكاح** عند أبي حنيفة رحمه اللّه، لأنه لا يملك إنشاءه شرعاً لعدم الشهود إذ هو لا يثبت إلا بشهود بخلاف الشراء فإنه يقدر على إثباته شرعاً بدون الإشهاد، وإن كان العبد ميتاً حين أخبر فقال: هلك عندي بعد الشراء وأنكر الموكل، فإن كان الثمن غير منقود **فالقول للآمر** لأنه أخبر عما لا يملك استئنافه لأن الميت ليس بمحل لإنشاء العقد فيه، وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فكان القول قوله، وإن كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور مع يمينه لأن الثمن كان أمانة في يده، وقد ادّعى الخروج عن عهدة الأمانة من الوجه الذي أمره به فكان القول له، وإن كان العبد بغير عينه فإن كان حياً فقال المأمور: اشتريته لك وقال الآمر: لا بل اشتريته لنفسك فإن كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور لأنه مخبر عما يملك استئنافه، وإن لم يكن منقوداً فالقول للآمر عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وعندهما القول للمأمور لأنه أخبر عما يملك استئنافه فصح كما في المعين، وعند أبي حنيفة القول للآمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً لأنه أمين فيه فيقبل قوله في الخروج عن العهدة، وفي ضمنه يكون العبد للآمر تبعاً وكم من شيء يثبت ضمناً وتبعاً وإن لم يثبت قصداً، **وبخلاف ما إذا كان العبد معيناً لأنه** لا يملك أن يشتريه لنفسه بذلك الثمن **حال حضرة الموكل** على ما بينا من قبل، فحاصله أن الثمن إن كان منقوداً

إلخ) معيناً حياً، والثمن منقود (**القول للمأمور**) معيناً حياً والثمن غير منقود (**القول للمأمور**) معيناً هالكاً والثمن منقود (**القول للمأمور**) معيناً هالكاً والثمن غير منقود (**القول للآمر**) منكراً حياً والثمن منقود. (**القول للمأمور**) منكراً حياً والثمن غير منقود (**عنده للآمر وعندهما للمأمور**) منكراً هالكاً والثمن منقود (**القول للمأمور**) لأنه أمين ادّعى الخروج عن عهدة الأمانة منكراً هالكاً والثمن غير منقود. (**القول للآمر اتفاقاً**) لأنه أخبر عما لا يملك استئنافه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر اهـ قوله: (**حيث لا يثبت النكاح**) وكذا وكيل الزوج أو الزوجة ومولى العبد إذا أقر بالنكاح لا يصح إلا ببينة اهـ غاية. قوله: (**وبخلاف ما إذا كان العبد معيناً لأنه إلخ**) بقي من الأوجه الثمانية ما إذا كان العبد بغير عينه وهو هالك والثمن منقود أو غير منقود، وإنما لم يذكرهما الشارح رحمه اللّه لأن حكمهما يعلم مما

فالقول للمأمور في جميع الصور، وإن كان غير منقود ينظر فإن كان الوكيل لا يملك الإنشاء بأن كان ميتاً فالقول للآمر وإن كان يملك الإنشاء فالقول للمأمور عندهما، وكذا عند أبي حنيفة في غير موضع التهمة، وفي موضع التهمة القول للآمر.

قال رحمه الله: (وإن قال: بعني هذا لفلان فباعه ثم أنكر الآمر أخذه فلان) أي رجل قال لآخر: بعني هذا العبد لفلان فإني أشتريه له فباعه ثم أنكر المشتري أن يكون فلان أمره فقال فلان أنا أمرته فإنه يأخذه لأن قوله بعني لفلان إقرار منه بأنه وكله، فإذا أنكر الوكالة بعده صار مناقضاً فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل.

قال رحمه الله: (إلا أن يقول: لم آمره به) أي إلا أن يقول: فلان المشترى له لم آمره بالشراء فحينئذٍ لا يأخذه بل يكون للمشتري لأن إقرار المشتري ارتد بردّه والإقرار مما يرتد بالرد فينفذ / على المشتري، لأن الشراء إذا وجد نفاذاً لا يتوقف بل ينفذ على المشتري. [٧ أ/٣]

قال رحمه الله: (إلا أن يسلمه المشتري إليه) أي إلى فلان المشترى له فيكون له بالتسليم، لأن إقراره الأوّل قد ارتد بالردّ وصار ملكاً للمشتري، فإذا سلمه بعد ذلك إلى فلان المشترى له وأخذه انعقد بينهما بيع جديد بالمعاطاة **فتكون العهدة عليه،** لأنه صار مشترياً بالتعاطي كمن اشترى لغيره شيئاً بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري إلى المشترى له، ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي لانعقاد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس وإن لم يوجد نقد الثمن للعرف، ولوجود التراضي به وهو المعتبر في باب المعاوضات المالية لقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ [البقرة: ٢٨٢].

قال رحمه الله: (وإن أمره بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمناً فاشترى له أحدهما صح) لأن التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدر فيجوز أن يشتري كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن أو أقل أو بزيادة يتغابن الناس في مثله، وليس له أن يشتري بما لا يتغابن الناس فيه لأن الوكيل بالشراء ليس له أنه يشتري بغبن فاحش

تقدم والله أعلم اهـ قوله: **(حال حضرة الموكل)** هكذا هو بخط الشارح والصواب حال غيبة الموكل فقد صرح الشارح فيما تقدم عند قوله ولو وكله بشراء شيء بعينه أن الموكل لو كان حاضراً وصرح الوكيل بشرائه لنفسه كان المشترى له، وهكذا هو في الهداية وشرحها فتأمل اهـ قوله: **(فحينئذٍ لا يأخذه)** أي وإن قال بعد ذلك: أمرته لأن إقرار المقر ارتدَّ بردّ المقر له، فإذا عاد إلى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لأنه عاد حين انتفى الإقرار فلم يصح تصديقه اهـ إتقاني. قوله: **(فتكون العهدة عليه)** يعني لما انعقد بينهما بيع بالتعاطي كانت العهدة للآخذ على المشتري كذا فسر فخر الإسلام البزدوي وفخر الدين قاضيخان وهو

بالإجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند أبي حنيفة على ما يجيء من الفرق بينهما له، وبخلاف ما إذا قدر له ثمنهما فإن ذلك فيه خلاف في بعض صوره على ما يجيء وهي المسألة التي تلي هذه المسألة، ولأنه قد يتعذر الجمع بينهما إلا بما لا يتغابن الناس في مثله فيكون شراء أحدهما حيلة لتحصيلهما فوجب القول بالنفاذ.

قال رحمه اللّه: (وبشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح وبالأكثر لا إلا أن يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة) أي لو وكله بشراء العبدين بألف وقيمتها سواء فاشترى أحدهما بنصف الألف أو أقل جاز الشراء، وبأكثر من نصف الألف لم يجز، يعني لم يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت، لأنه قابل الألف بالعبدين وقيمتهما سواء فينقسم عليهما نصفين دلالة فيكون أمراً بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ضرورة فالشراء بخمسمائة موافقة، وبأقل منها مخالفة إلى خير وبأكثر منها إلى شر فلا يلزم الموكل إلا أن يشتري الباقي بما بقي من الألف قبل أن يختصما استحساناً، لأن غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بألف قد حصل وما ثبت الانقسام إلا دلالة والصريح يفوقها فلا تعتبر معه عند تعارضهما، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس في مثله وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله العبد الباقي فهو جائز لأن التوكيل حصل مطلقاً بلا تقدير ثمن كل واحد منهما بخمسمائة، والمطلق يحمل على المتعارف وهو الشراء بالقيمة أو بزيادة يسيرة قدر ما يتغابن الناس فيه، ولكن غرضه تحصيل العبدين بالألف **فلا بد من أن يبقى من الألف** قدر ما يشتري بمثله الباقي ليحصل غرضه.

قال رحمه اللّه: (وبشراء هذا بدين له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المأمور) أي لو كان له دين على شخص فوكل الدائن المدين بأن يشتري له هذا العبد بذلك الدين فاشترى جاز ولزم الموكل، ولو وكله بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون للآمر بل ينفذ على المأمور حتى لو مات عند المأمور مات من مال المأمور

المفهوم من كلام محمد رحمه اللّه اهـ غاية. قوله: (**فلا بد من أن يبقى من الألف إلخ**) قال في الهداية: قال: ومن له على آخر ألف فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز قال الإتقاني: أي قال في الجامع الصغير: وصورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل كان له على آخر ألف درهم فأمره الذي له المال أن يشتري له بها هذا العبد فاشتراه قال: جائز فإن أمره أن يشتري له بها عبداً بغير عينه فاشتراه، فإذا قبضه الآمر فهو له، وإن مات في يد المشتري قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري والألف على المشتري كما هي وقال يعقوب ومحمد: ذلك جائز لازم للآمر في الوجهين جميعاً إذا قبضه المأمور إلى

والألف عليه **فإن قبضه الآمر فهو له** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هو لازم/ [٧ ر ٣/] للآمر في الوجهين، وعلى هذا إذا قال الدائن للمدين: أسلم الدين الذي لي عليك إلى فلان جاز وإن لم يعين فلاناً لم يجز عنده، وعندهما يجوز كيفما كان وكذا لو أمره بأن يصرف ما عليه من الدين، **وأصله أن التوكيل** بالشراء إذا أضيف إلى دين لا يصح عند أبي حنيفة إذا لم يكن البائع أو المبيع متعيناً، وعندهما يصح كيفما كان، **لهما** أن النقدين لا يتعينان في المعاوضات عيناً كانا أو ديناً، ولهذا لو اشترى شيئاً بدراهم **على المشتري** ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل الشراء ويجب عليه مثله فإذا لم يتعين صار الإطلاق والتقييد به سواء كما في غير الدين، حتى إذا وكله بأن يشتري له عبداً ولم يعين الألف ولا البائع ولا المبيع جاز التوكيل فكذا هذا فصار كما لو قال: تصدّق بما لي عليك من الدين على المساكين فإنه يجوز، وكذا لو آجر حماماً بأجرة معلومة، وأمر المستأجر بالمرمة من الأجرة أو آجر دابته وأمر المستأجر أن يشتري بالأجرة عبداً يسوق الدابة وينفق على الدابة فصار نظير ما لو كان البائع أو المبيع متعيناً، ولأبي حنيفة رحمه الله أن النقود تتعين في الوكالات، ولهذا لو قيدها بالعين منها أو بالدين منها **ثم هلك العين** وأسقط الدين بطلت الوكالة، فإذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين، وذلك لا يجوز إلا إذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلاً كما إذا اشترى بدين على غير

هنا لفظ محمد في الجامع الصغير اهـ قوله: (**فإن قبضه الآمر فهو له**) قال الإتقاني: فإن دفعه إلى الآمر فهو له لأنه يقع البيع بينهما ابتداء بسبيل التعاطي، لأنه دفعه على جهة التمليك وبيع التعاطي جائز عندنا بما عز من الأموال أو خس اهـ قوله: (**وأصله أن التوكيل إلخ**) قال الإتقاني: والحاصل أنه إذا أمر غريمه أن يشتري له بما عليه شيئاً فإن عين المبيع أو البائع جاز اهـ قوله: (**لهما إلخ**) قال الإتقاني: لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها عندنا خلافاً لزفر والشافعي، وقد عرف ذلك في طريقة الخلاف في كتاب الصرف فكما لا يتعينان إذا كانتا عيناً لا يتعينان إذا كانتا ديناً ولهذا إلخ اهـ قوله: (**على المشتري**) المراد بالمشتري هنا الوكيل وكان الأولى أن يقول على البائع كما قال الإتقاني ونصه ولهذا لو اشترى شيئاً بدين له على البائع ثم تصادقا على أن لا دين له لا يبطل الشراء ووجب مثل ذلك الدين اهـ قوله: (**ثم هلك العين**) هكذا بخط الشارح وهكذا كان في نسخة العلامة قارئ الهداية رحمه الله، ثم كشطه وكتب مكانه استهلك وكتب تحته بخطه رحمه الله ما نصه: أي الآمر أو الوكيل وإنما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة بالاستهلاك لا بالهلاك ذكره قاضيخان في فتاواه اهـ ما كتبه بخطه. وقال في الهداية ما نصه: ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك أو أسقط الدين بطلت الوكالة اهـ قال

المشتري أو يكون أمراً بصرف ما لا يمكله إلا بالقبض قبله وذلك باطل، **كما إذا قال: أعط ما لي عليك من شئت**، بخلاف ما إذا عين البائع لأنه يصير وكيلاً عنه بالقبض وهو معلوم فيصح لتعينه فيصير البائع أولاً قابضاً له ثم يتملكه وتعيين المبيع تعيين للبائع فكان به معلوماً، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لأنه جعل ماله للّه تعالى وهو معلوم ولأن الفقير ينتصب نائباً عن اللّه تعالى **وقبض حقه** واللّه تعالى محيط بكل شيء علماً فيكون الفقير الذي يقبضه له معلوماً فيصح، وأما مسألة الحمام ونحوها فقيل: هو قولهما ولئن كان قول الكل، فإنما جاز باعتبار الضرورة لأن المستأجر لا يجد **الأجرة** في كل وقت فأقيم الحمام مقام المؤجر في القبض، وأما مسألة التصادق بأن لا دين عليه بعد الشراء به فلأن النقود لا تتعين في البيع ديناً كانت أو عيناً فإذا لم تتعين لا يبطل البيع ببطلان الدين إذا لم يتقيد به، بخلاف الوكالة فإن النقود تتعين فيها وكلامنا فيها، وذكر في النهاية أن النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالإجماع، وكذا بعده عند عامّتهم لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بالشراء وعزاه إلى الزيادات والذخيرة، فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة رحمه اللّه، والتعليل الصحيح له أن يقال: إن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وإنما جاز في المعين لكونه أمراً له بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلاً للمدين بالتمليك، وإن لم يكن معيناً لا يصح الأمر للمجهول فكان توكيلاً للمدين بالتمليك في الإسلام والشراء والصرف فلا يجوز لما ذكرنا، فإذا لم يصح التوكيل عنده نفذ الشراء على المأمور حتى إذا هلك بعد القبض يهلك من ماله إلا إذا قبضه الآمر منه فحينئذٍ ينعقد البيع بينهما بالتعاطي فيكون للآمر.

قال رحمه اللّه: (وبشراء أمة) أي وكله بشراء أمة/ [٨ ١/٣] (بألف دفع إليه فاشترى

الإتقاني: قال بعض الشارحين إنما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك، وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا: لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة، فأقول: كأن المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه لأنه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كأن عينها باقية، فقال: بالاستهلاك تبطل الوكالة كما في الهلاك لتعين تلك الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم اهـ **قوله: (كما إذا قال: أعط ما لي عليك من شئت)** أي أو ألقه في الحبر بخلاف ما إذا قال: اعط ما لي عندك من العين من شئت أو ألقه في البحر كان التوكيل صحيحاً لأن الموكل يملكه اهـ غاية. **قوله: (وقبض حقه)** هكذا هو بخط الشارح وعبارة الكافي وغيره في قبض حقه اهـ **قوله: (الأجرة)** كذا بخط الشارح وعبارة غيره الأجر

فقال: اشتريت بخمسمائة وقال المأمور: بألف فالقول للمأمور) يعني إذا كانت الأمة تساوي ألفاً لأنه أمين ادّعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعي عليه حق الرجوع بخمسمائة، والمأمور ينكر فكان القول قوله وإن كانت تساوي خمسمائة لا تلزم الآمر لأنه خالف أمره إذ الأمر تناول أمة تساوي ألفاً فينفذ على المأمور ولأن فيه غبناً فاحشاً فلا يلزم الآمر، لأن المأمور لايملك أن يخالف الآمر ولا أن يشتري بغبن فاحش، ولا فرق في ذلك بين أن يشتريها بألف أو بخمسمائة لما ذكرنا أنه مخالف.

قال رحمه اللّه: (وإن لم يدفع فللآمر) أي إن لم يدفع الآمر الألف إلى المأمور والمسألة بحالها كان القول للآمر وتلزم الأمة المأمور وهذا فيما إذا كانت قيمة الأمة خمسمائة فظاهر لما ذكرنا من المخالفة والغبن الفاحش **وإن كانت قيمتها ألفاً** فمعناه أنهما يتحالفان لأنهما اختلفا في مقدار ما يجب للوكيل على الموكل، وقد جرى بينهما مبادلة حكمية على ما بينا من قبل، ثم إذا حلفا يفسخ العقد بينهما وتلزم الجارية المأمور لانتقاض ملك الآمر بالفسخ.

قال رحمه اللّه: (وبشراء هذا) أي وكله بشراء هذا العبد (ولم يسم ثمناً فقال المأمور: اشتريته بألف وصدّقه البائع وقال الآمر: بنصفه) وهو خمسمائة (تحالفا) لأنهما اختلفا في مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير إلى التحالف كما في المسألة الأولى، **وقيل: لا يتحالفان** هنا لأن الخلاف يرتفع بتصديق البائع إذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء العقدفي الحال وفي المسألة الأولى هو غائب فاعتبر الاختلاف، وإلى هذا مال الفقيه أبو جعفر **وقال قاضيخان: وهو أصح** ومال أبو منصور إلى الأول لما ذكرنا وقول البائع لا يعتبر لأنه إن استوفى الثمن فهو أجنبي عنهما، **وإن لم يستوف فهو أجنبي عن الآمر فلا مدخل له** بينهما، وقال في الهداية: وهو أظهر وقال

اهـ **قوله: (وإن كانت قيمتها ألفاً)** قال الإتقاني: وإن كانت تساوي ألفاً فالقول قول الآمر أيضاً قالوا في شروح الجامع الصغير: يتحالفان فيه وتلزم الجارية المشتري فإنه أطلق في الكتاب في هذا الفصل، وقال: القول قول الآمر ولم يفصل بين ما إذا كانت قيمتها ألفاً أو أقل وكان ينبغي أن يكون القول قول المأمور إذا كانت تساوي ألفاً لأنه اشتراها بألف فقد وافق الآمر. **قوله: (وقيل: لا يتحالفان)** أي ويلزم العبد الآمر اهـ **قوله: (وقال قاضيخان: وهو أصح)** قال الإتقاني رحمه اللّه: ولم يذكر الإمام فخر الدين قاضيخان قول أبي منصور[1] وكأنه جعل قول أبي جعفر أصح اهـ وظاهره أن قاضيخان لم يصرح بالتصحيح بخلاف ما ذكره الشارح واللّه أعلم اهـ ك **قوله: (وإن لم يستوف فهو أجنبي عن الآمر فلا مدخل له)** أي لأنه لم يقع العقد

---

(١) هو محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو منصور السمرقندي المتوفى سنة (٥٣٩)، كما ذكره السمعاني. انظر الجواهر المضية (٣/١٨).

في الكافي: هو الصحيح وقد نص محمد في الجامع الصغير أن القول للمأمور مع يمينه، قالوا: ومراده التحالف لكنه اكتفى بذكر يمين الوكيل **لأن الوكيل هو المدعي** ولا يمين على المدعي إلا في صورة التحالف فكان المقصود بالتحالف يمين المدعي دون المنكر إذ ذاك لا بد منه والموكل بمنزلة المشتري، وهو منكر ولولا مراده التحالف لكان القول قول الآمر لكونه منكراً فكان يأخذ المبيع بما ادّعى من الثمن إذا حلف ولم يذكر يمين المأمور هكذا ذكره المشايخ رحمهم اللّه، إلا أن فيه إشكالاً لأنه وإن كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك ولا على الأول فإن قوله: إن القول للمأمور مع يمينه يدل على أن المأمور يصدّق فيما قال وفي التحالف لا يصدّق واحد منهما ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك وهذا فيما إذا اتفقا على أنه أمره أن يشتريه له بألف، وإن اختلفا فيه فقال الآمر: أمرتك أن تشتريه لي بخمسمائة وقال المأمور: أمرتني بالشراء بألف فالقول قول الآمر مع يمينه، لأن الأمر يستفاد من جهته فيكون القول قوله، ويلزم العبد المأمور لمخالفته، فإن أقاما البينة فالبينة بينة الوكيل لأنها أكثر إثباتاً.

قال رحمه اللّه: (وبشراء نفس الآمر من سيده بألف ودفع فقال لسيده: اشتريته لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وإن قال: اشتريته فالعبد للمشتري والألف لسيده وعلى المشتري ألف مثله) أي لو وكل العبد رجلاً بشراء نفسه من سيده بألف، والآمر هو العبد ودفع الألف إلى الوكيل فقال الوكيل لسيده وقت الشراء: أنا أشتري عبدك لنفسه فباعه/ على هذا عتق وولاؤه لسيده، وإن قال الوكيل: اشتريته ولم [٨ ب/٢] يبين أنه يشتريه لنفس العبد كان العبد ملكاً للوكيل، وهو المشتري والألف الذي أخذه من العبد ودفعه إلى المولى، كان للمولى فيهما مجاناً **ويجب على المشتري أو على المعتق** الألف، وأصله أن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل لأن اعتباره بيعاً حقيقة غير ممكن إما لأن العبد ليس بأهل للملك أو لاستحالة أن يملك نفسه فجعل مجازاً عن الإعتاق لوجود إزالة الملك فيه كالبيع، فإذا اشتراه الوكيل للعبد صار البائع معتقاً فيلزمه الولاء والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا ترجع الحقوق إليه، وإذا أطلق الوكيل ولم يبين للمولى أنه يشتريه لنفس

بينهما فلا يصدّق على الموكل، فإذا لم يعتبر تصديق البائع بقي الخلاف بين البائع وهو الوكيل وبين المشتري وهو الموكل فوجب التحالف اهـ غاية. **قوله: (لأن الوكيل هو المدّعي)** لأنه بمنزلة البائع من الموكل اهـ **قوله: (ويجب على المشتري)** أي في المسألة الثانية، وهي قوله: وإن قال: اشتريته اهـ **قوله: (أو على المعتق)** أي في المسألة الأولى وهي

العبد يقع العقد للوكيل، لأن ظاهر هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه إلى العتق بغير علم المولى ولعله لا يرضى به لما فيه من لزوم ولائه وعقل جنايته فلا يكون الشراء للعبد، بخلاف الوكيل من غير العبد حيث يدخل في ملك الموكل بالشراء من غير أن يبين للمولى أنه يشتريه لموكله لأن حكم العقد فيه لا يختلف بين أن يكون له أو لموكله، إذ الكل بيع والوكيل أصيل فيه في الحالين حتى تتعلق به الحقوق في الحالين، فلا يحتاج فيه إلى البيان وهنا أحدهما إعتاق معقب للولاء، ولا تتعلق به الحقوق بالوكيل والآخر بيع وأحكامه خلاف العتق فلا يدل رضاه بأحدهما على الرضا بالآخر، فلا بدّ من البيان فإذا لم يبين ثبت الملك للوكيل والألف للمولى لأنه كسب عبده، وعلى المشتري أو على العبد إذا عتق ألف مثلها ثمناً أو بدل العتق لأن الأداء قد بطل لاستحقاق المولى ما أدّاه بجهة أخرى، وهو أنه كسب عبده فكان ملكاً له قبل الشراء، وقبل العتق فلا يصلح ملكه بدلاً عن ملكه، ثم إذا لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل لأنه العاقد والمالك للعبد فترجع الحقوق إليه، وإن بين أنه يشتري للعبد فقد ذكر محمد في باب الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة أن العتق يقع والمال على العبد دون الوكيل، وذكر في وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة، وفي وكالة الجامع الكبير أن العبد يعتق والمال على الوكيل لأن توكيله بشراء العبد للعبد كتوكيله بشرائه لغيره فيطالب ببدله الوكيل، والصحيح الأوّل لأن وكيل العبد في العتق سفير ومعبر ولفظ البيع يكون مجازاً عن العتق لتعذر اعتبار معنى البيع حقيقة، ولهذا لايستغني عن إضافته إلى العبد الآمر له فلا تتعلق بالوكيل حقوقه فيطالب الآمر كما إذا كان الآمر يبيع نفس العبد من العبد هو المولى حيث يكون الطلب بالبدل إلى المولى دون الوكيل لما قلنا.

قال رحمه اللّه: (وإن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال للمولى: بعني نفسي لفلان ففعل فهو للآمر وإن لم يقل لفلان عتق) أي: إذا قال رجل لعبد: اشتر لي نفسك من مولاك فقال العبد لمولاه: بعني نفسي لفلان فباعه المولى على هذا الشرط كان العبد ملكاً للآمر وإن أطلق العبد بأن قال: بعني ولم يقل لفلان عتق، وأصله أن العبد يصلح أن يشتري نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لأن جواز الشراء باعتبار المالية والعبد أجنبي عن نفسه في حكم المالية، إلا أن البائع لا يملك حبس العبد حتى يستوفي البدل لأنّ العبد في يد نفسه فيكون قابضاً لنفسه بمجرّد العقد كالمودع إذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع **لوجود القبض بمجرد** / **العقد** [٣/١٠٩]

قوله: وبشراء نفس الأمر من سيده إلخ اهـ قوله: (**لوجود القبض بمجرد العقد**) يشكل عليه

سواء اشتراه لنفسه أو لغيره، إذا ثبت هذا فنقول: إذا أضاف العقد إلى الموكل كان ملكاً للموكل، وإذا أضاف الشراء إلى نفسه بأن قال: بعني نفسي لنفسي عتق لما ذكرنا، ولا يقال: إن العبد وكيل بشراء شيء معين فوجب أن لا يجوز له شراؤه لنفسه، لأنا نقول: أتى بجنس آخر من التصرف لأن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال، وشراؤه قبول العتق فيكون مخالفاً فينفذ عليه لأن الوكيل بشراء شيء معين ينفذ عليه عند المخالفة على ما بينا من قبل، وإن أطلق بأن قال: بعني نفسي ولم يقل لي ولا لفلان عتق أيضاً لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالاً بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه، ولا يقال: إن البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي أن يحمل على الحقيقة عند التردّد إذ الحمل على الحقيقة هو الأصل باتفاق العلماء، لأنا نقول: الأصل أن الإنسان يتصرف لنفسه فتعارض الأصلان فتساقطا فيرجع إلى غرض المولى، فإنه لما اختلف التصرفان فالظاهر أن المولى يريد الإعتاق إذ بيع العبد من نفسه مطلقاً إعتاق واقتصاره على إضافته إلى العبد دليل عليه، ولا يرضى بخروجه عن ملكه إلا إلى الحرية ليثبت له الولاء عليه، ثم الثمن هنا يكون في ذمة العبد في الوجهين دون ذمة الآمر، أما إذا وقع الشراء له فظاهر، وأما إذا وقع للآمر فلأنه هو المباشر للعقد فترجع إليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع هو به على الآمر ولا يقال العبد هنا محجور عليه، والوكيل إذا كان محجوراً عليه لا ترجع الحقوق إليه لأنا نقول: زال الحجر هنا بالعقد الذي باشره مقترناً بإذن المولى، ثم إذا كان الشراء للآمر فلا بد من قبول العبد لأنه بيع فلا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول وإن وقع للعبد يكتفي بقول المولى: بعت ولا يحتاج فيه إلى قبول العبد بعد قوله: بعني نفسي لأنه إعتاق فيستبدّ به المولى بناء على أن الواحد يتولى طرفي العقد في العتق كالنكاح، ولا يتولى طرفي العقد في البيع.

(فصل) قال رحمه اللّه: (الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من تردّ شهادته له) **وذلك مثل قرابة الولاد** وأحد الزوجين للآخر **وعبيده**، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، **وقالا: يجوز بيعه منهم بمثل القيمة** إلا من عبده أو مكاتبه لأن التوكيل مطلق، ولا

قوله في الفصول العمادية: ولو كانت وديعة فباعه يحتاج إلى قبض جديد لأن غير المضمون لا ينوب عن المضمون اهـ (فصل) هذا الفصل عقده للبيع وذكره بعد فصل الشراء لأن الإزالة تستدعي سابقة الإثبات اهـ **قوله**: (**وذلك مثل قرابة الولاد**) كأبيه وجدّه وأمّه وولده وإن سفل اهـ **قوله**: (**وعبيده**) أي ومكاتبه ومدبره وأمّ ولده اهـ **قوله**: (**وقالا: لا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة**) وتخصيص قولهما بمثل القيمة إشارة إلى أنه لا يجوز بالغبن

تهمة فيه **لأن الأملاك متباينة** والمنافع منقطعة فصار كالمضارب، **بخلاف عبده ومكاتبه لأن ملك ملكه له، وله في مال مكاتبه حق** وينقلب حقيقة بالعجز فيكون بيعاً من نفسه، أو تمكنت شبهته وبخلاف الغبن الفاحش ولأبي حنيفة رحمه الله أن مواضع التهم مستثناة عن الوكالات وهذه مواضعها لأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعاً من نفسه من وجه، فلا يجوز ولهذا لا تقبل شهادته لهم، **وتباين الأملاك** لا يمنع الاتصال من

اليسير وإلا لم يكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة، لكن ذكر في الذخيرة أنه يجوز بالغبن اليسير لأن اليسير ملحق بالقيمة وسيأتي هنا عن النهاية مثل ذلك اهـ **قوله: (لأن الأملاك متباينة)** ألا ترى أن للابن أن يطأ جارية نفسه فلو لم يكن الملك متبايناً لم يكن له ذلك، لأن وطء الجارية المشتركة لا يجوز، ولا يجوز له أن يطأ جارية أبيه فلما تباين الملك بين الوكيل وبين هؤلاء كان عقده معهم بيعاً وشراء كالعقد مع الأجنبي ولهذا لم يحصل للوكيل شيء من المبيع أصلاً فكان العقد صحيحاً بخلاف ما إذا باع من عبده الذي لا دين عليه لأنه وما في يده ملك مولاه والبيع منه كالبيع من نفسه، فلو باع الوكيل من نفسه لا يجوز فكذا إذا باع من عبده، وكذلك إذا باع من مكاتبه لأن الرق باق في المكاتب فصار كالعبد القن، وبخلاف ما إذا باع من عبده الصغير لأنه بيع من نفسه والوكيل لا يملك ذلك اهـ إتقاني. وكتب على قوله في هذه الحاشية ما نصه قوله: بخلاف ما إذا باع من عبده الذي لا دين عليه وقيده في المبسوط من عبده الذي لا دين عليه كما هنا، لأن كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه إشارة إلى أنه إذا كان عليه دين يجوز اهـ **قوله: (بخلاف عبده ومكاتبه لأن ملك ملكه له، وله في مال مكاتبه حق)** قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: ولا يجوز شراء الوكيل لنفسه ولا بيعه منها، وكذلك إذا أمره الموكل أن يبيعه من نفسه أو يشتري من نفسه لم يجز أيضاً، وكذلك إذا باعه الوكيل من ابن له صغير لم يجز كأنه باع من نفسه، ولو باع من نفسه لم يجز، وكذلك لو باعه من عبده أو مكاتبه لم يجز بالإجماع وإن باعه من أبويه وإن علوا أو باعه من أولاده وإن سفلوا، أو باعه من زوجته أو الزوجة إذا باعته من زوجها أو باعه ممن لاتجوز شهادته له لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما يجوز ولو أمر الوكيل بالبيع من هؤلاء وأجاز له ما صنع فبيعه من هؤلاء جائز بالإجماع إلا أن يبيعه من نفسه أوولده الصغير أو من عبده، ولا دين عليه فإنه لا يجوز وكذلك حكم الوكيل بالشراء إذا اشترى من هؤلاء إلى هنا لفظ شرح الطحاوي اهـ إتقاني. (فرع) ثم الوكيل بالبيع لا يجوز أن يبيع من نفسه عندنا، والشافعي وأحمد في ظاهر مذهبه وعن أحمد في رواية يجوز وبه قال مالك والأوزاعي إذا لم يحاب لعدم التهمة وقلنا: لو جاز يؤدّي إلى التضادّ في الأحكام فإنه يكون مستزيداً ومستنقصاً أيضاً ومخاصماً في العيب ومخاصماً، وفيه من التضادّ ما لا يخفى، ولو قال له: بع من نفسك أو اشتر من نفسك لم يجز أيضاً كذا في شرح الكافي اهـ من خط قارئ الهداية.

وجه آخر بخلاف المضارب لأن المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه، ألا ترى أن رب المال لا يملك نهيه عن التصرف بعدما صار المال عروضاً وأنه شريكه في الربح فلا يلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة لأنه بمنزلة من يبيع مال نفسه، على أنه عند بعضهم هو كالوكيل **فجوّزوا** فيهما البيع لهم بمثل القيمة فعلى هذا لنا أن نمنع، قالوا: هذا إذا لم يطلق له الموكل، وأما إذا أطلق له بأن قال له الموكل: بع ممن شئت فحينئذٍ يجوز بيعه لهم بمثل القيمة، وذكر في النهاية أن الوكيل بالبيع/ إذا [٩ ب/٣] باع ممن لا تقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف، وإن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالإجماع، وإن كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه اللّه وعندهما يجوز، وإن كان بمثل القيمة فعن أبي حنيفة رحمه اللّه روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز، وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته على هذا التفصيل إلا أنه إذا كان بمثل القيمة يجوز هنا عنده باتفاق الروايات وفي الوكيل روايتان، وقد بينا الفرق على إحداهما وعلى هذا الخلاف الإجارة والصرف والسلم ونحوها.

قال رحمه اللّه: (ويصح بيعه بما قل وكثر وبالعرض والنسيئة) يعني الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير إلخ. وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم اللّه: لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثله، **ولا يجوز إلا بالدراهم** حالة أو إلى أجل متعارف **لأن مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف** والتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد التوكيل بها بمواقعها، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود

قوله: (**وتباين الأملاك إلخ**) أي قدر ذلك التباين لما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا أن ذلك القدر وجوده كعدمه اهـ كي. **قوله**: (**فجوّزوا**) أي فجوز بعضهم للوكيل والمضارب البيع من هؤلاء بمثل القيمة فلم يحتج إلى الفرق اهـ **قوله**: (**ولا يجوز إلا بالدراهم**) أي أو الدنانير اهـ وقال في الأسرار روى الحسن رواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز بيعه إلا بمثل القيمة ونقصان يتغابن الناس في مثله وهو قولهما وقول الشافعي كقولهما، كذا في المختلف وشرح الأقطع اهـ إتقاني. (فرع) لو وكل رجلاً بعتق عبده غداً أو بيعه غداً فعتقه أو باعه بعد غد جاز خلافاً لزفر ذكره الكرماني في مناسكه، وقد نقلت عبارته قبيل باب الهدى فارجع إليه اهـ **قوله**: (**لأن مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف**) قال في التتمة: الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بثمن مؤجل، قيل: على قول أبي حنيفة: يجوز وإن طالت المدّة، وعندهما يجوز بأجل متعارف في تلك السلعة وبالزيادة على ذلك فلا، وعن أبي يوسف إن وكله بالبيع على وجه التجارة فله أن يبيعه بالنسيئة، وإن وكله بالبيع لحاجته إلى النفقة أو قضاء الدين أو ما أشبه ذلك فليس له أن يبيعه بالنسيئة ونقله عن باب الوكالة بالسلم للصدر الشهيد، ثم قال في

حالّة أو مؤجلة بأجل متعارف بين الناس وبيع ما يساوي ألفاً بعشرة إلى مائة سنة غير متعارف فيتقيد بالمعتاد، ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الأضحية والفحم والجمد بأيام الحاجة من تلك السنة، ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، ولهذا لو صدر من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الأب والوصي فصار كالوكيل بالشراء والبيع بالعرض شراء من وجه ولم يوكله به ولا بالهبة فلا يدخل تحت الأمر بالبيع، ولأبي حنيفة رحمه الله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة، وهذا لأن البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقاً من غير تقييد بنقد أو بقيمة والبيع بالغبن الفاحش أو بالعرض أو بالنسيئة، إذا لم يكن في لفظه ما ينفي ذلك كقوله: بعه واقض به ديني أو للنفقة ونحو ذلك **متعارف عند شدّة الحاجة** إلى الثمن والتضجر من العرض، فلم يخرج من أن يكون بيعاً في العرف ولا في الحقيقة، ولهذا لو حلف أن لا يبيع يحنث به **ويستحق الكل بالشفعة**، واليمين تنصرف إلى المتعارف كالوكالة، ولا شفعة في الهبة وإنما لايمكله الأب ولا الوصي لأن ولايتهما مقيدة بشرط النظر، ولا نظر في الغبن الفاحش وحق الورثة تعلق بالمالية في مرضه فلا يكون له إبطاله فيما زاد على الثلث **والوكيل بالشراء** متهم لاحتمال أنه اشتراه لنفسه، **ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها إليه** ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتهم **والمسائل** المستشهد

التتمة: وذكر في الباب الثاني من شرح بيوع الكافي أن الوكيل بمطلق البيع يملك البيع بالنسيئة عندنا خلافا للشافعي ثم قيل: يجوز البيع بالنسيئة على قول أبي حنيفة طالت المدة أو قصرت، وعندهما لا يجوز إلا بأجل متعارف في تلك السلعة وهو المأخوذ اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (متعارف عند شدّة الحاجة)** وإطلاق لفظ الموكل وإقدام الوكيل على ذلك من غير تهمة دليل على وقوع الحاجة اهـ غاية. وكتب أيضاً على قوله: متعارف ما نصه فالعرف مشترك اهـ كافي. وكتب أيضاً فإن الناس يقولون: هذا بيع رابح وذاك بيع خاسر وذاك بيع عدل فلولا أن البيع بغبن فاحش يكون بيعاً لم يصلح إطلاق البيع عليه اهـ غاية. **قوله: (ويستحق الكل بالشفعة)** قال في الكافي: والبيع بغبن فاحش بيع من كل وجه فما من جزء من المبيع إلا ويقابله جزء من الثمن، ولهذا يستحق الكل بالشفعة اهـ **قوله: (والوكيل بالشراء إلخ)** قال الإتقاني: وأما الوكيل بالشراء إنما لم يجز له الشراء بغبن فاحش على إحدى الروايتين عن أبي حنيفة للتهمة لأنه من الجائز أن يشتريه لنفسه ثم لما رأى فيه الخسران ألحقه بالآمر، حتى لو انتفت التهمة بأن كان وكيلاً بشراء شيء بعينه جاز شراؤه على الآمر عند أبي حنيفة أيضاً لعدم التهمة اهـ فقوله: حتى لو انتفت التهمة إلخ مخالف لقول الشارح بخلاف الوكيل بشراء شيء بعينه اهـ **قوله: (ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها إليه)** نقل في التتمة والفتاوى الصغرى عن باب الوكالة بالسلم أن تقييد التوكيل بشراء الأضحية

بها ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه اللّه، **والمقايضة بيع من كل وجه [شراء]**[1] **من كل وجه** لأن كل واحد منهما [يبيع][1] ماله ويشتري مال الآخر ولا تهمة فيه لعدم احتمال الشراء لنفسه فيجوز بالقليل والكثير بخلاف الوكيل بشراء شيء بعينه حيث لا يكون له أن يشتريه للموكل بالغبن الفاحش، وإن كان لا يملك شراءه لنفسه لأنه بالمخالفة فيه يكون مشترياً لنفسه فكانت التهمة فيه باقية والوكيل بالنكاح إذا زوّجه [بأكثر][1] من مهر مثلها جاز لعدم التهمة.

قال رحمه اللّه: (وتقيد شراؤه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم المقوّمين) أي تقيد شراء الوكيل بمثل القيمة حتى **لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش/**، وهذا بالإجماع والفرق لأبي حنيفة رحمه اللّه قد ذكرناه وفرق [١٠ /٣/١] آخر أن أمره بالبيع يلاقي ملك نفسه وفي الشراء ملك غيره، وله في ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر إطلاقه وليس له ولاية في ملك غيره فلم يعتبر فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد وبمثل القيمة فيتقيد بهما، ولأن اعتبار الإطلاق في الشراء غير ممكن فوجب حمله على ما ذكرنا لأنه لو لم يحمل عليه لاشتراه بجميع ما يملكه الموكل وبزيادة فيلحقه بذلك ضرر عظيم، والوكيل بالبيع لايقدر على ذلك فأمكن اعتبار إطلاق الأمر فيه فافترقا، وكذا ليس له أن يشتري بمكيل أو موزون

والجمد والفحم مروي عن أبي يوسف، أما عند أبي حنيفة يعتبر الإطلاق يعني لا يتقيد بزمان الأضحية والصيف والشتاء، وهذا معنى قوله والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة، ولئن سلمنا أن التوكيل يتقيد فنقول: إنما يقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لأن الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحرّ وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بأن وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدّادين وغيرهم أو تربص الجمد كالفقاعيين وغيرهم لا يتقيد كذا قال الإمام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وكذلك الأضحية تقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة لأن غرض الموكل خروجه من عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة اهـ غاية. **قوله**: **(والمسائل)** أراد بها مسائل شراء الفحم والجمد والأضحية اهـ **قوله**: **(والمقايضة بيع من كل وجه شراء من كل وجه إلخ)** لأن كل واحد من العوضين يصح أن يكون مبيعاً وثمناً ويفترق أحد الأمرين من الآخر بدخول حرف الباء التي تصحب الأثمان فعلى أيهما دخل الباء يجعل ذلك ثمناً والآخر مبيعاً، فإذا كان بيع المقايضة بيعاً من كل وجه تناوله مطلق التوكيل بالبيع اهـ غاية. **قوله**: **(حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش)** قال في شرح الأقطع: وعن أبي حنيفة رواية أخرى أنه يجوز بالقليل والكثير لعموم الأمر اهـ غاية. **قوله**:

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

غير النقدين ديناً في الذمة لأن التوكيل بالشراء يتقيد بالمتعارف وهو الشراء بالنقدين، وقال زفر رحمه اللّه: له ذلك حتى لو اشتراه به ينفذ على الموكل لأنه شراء من كل وجه إذ الموصوف منه ثمن بخلاف ما إذا كان معيناً، ثم قدّر الغبن اليسير هنا بما يدخل تحت تقويم المقوّمين وما لا يدخل تحت تقويم المقوّمين فاحش لأن القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشتبه لأنه يسير لا يمكن الاحتراز عنه، ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه ولإمكان الاحتراز عنه لأنه لا يقع في مثله عادة إلا عمداً، وقيل: حد الفاحش في العروض نصف عشر القيمة، وفي الحيوان عشر القيمة، وفي العقار خمس القيمة، وفي الدراهم ربع عشر القيمة، لأن الغبن يحصل لقلة الممارسة في التصرف فكلما كانت الممارسة فيه أقل كان الغبن فيه أكثر فيعفى عن التفاوت بحسب الممارسة، والصحيح الأوّل، **وفي النهاية جعل هذا القدر معفواً وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافي**، وقيل: لا يتحمل الغبن اليسير أيضاً **وليس بشيء هذا كله** إذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه إلى تقويم المقوّمين، وأما إذا كان معروفاً كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وإن قلّ ولو كان فلساً واحداً.

قال رحمه اللّه: (**ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه** صح) عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأن اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع **فيجوز مطلقاً مجتمعاً ومتفرقاً** فصار كما لو وكله ببيع المكيل والموزون، **ولأنه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده** فبنصفه أولى أن يجوز وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه: لا يجوز لأن فيه ضرر الشركة وهو غير معتاد أو هو عيب وينتقص به القيمة فلا يدخل تحت الأمر المطلق **فلا يجوز إلا أن**

(**وفي النهاية جعل هذا القدر معفواً**) وعليه مشى في المجمع فقال: ويجوز للوكيل بالشراء العقد بمثل القيمة وزيادة يتغابن في مثلها كنصف درهم في عشرة في العروض، ودرهم في الحيوان، ودرهمين في العقار قال شارحه: هذا بيان للغبن اليسير اهـ **قوله**: (**وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافي**) قال في الهداية: والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده، وفي العقار ده دوايزده لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف اهـ **قوله**: (**وليس بشيء هذا كله إلخ**) أي جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها اهـ وقوله: هذا كله نقله الإتقاني عن الإمام خواهر زاده ثم قال في آخره: قال في بيوع التتمة وبه يفتى اهـ **قوله في المتن**: (**ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه**) أي أو جزءاً معلوماً اهـ غاية. **قوله**: (**فيجوز مطلقاً مجتمعاً ومتفرّقاً**) سواء باع الباقي منه أو لم يبع اهـ غاية. **قوله**: (**ولأنه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده**) أي عند أبي حنيفة لما تقدم في قوله ويصح

يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما، لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى التفريق فيتبين ذلك ببيع الباقي بعده بخلاف المكيل والموزون لأنه لا ضرر في تبعيضه ولا تنقص قيمته بذلك، قلنا: ضرر الشركة أهون من ضرر بيع الكل بنصف الثمن **وقولهما استحسان، والقياس ما قاله أبو حنيفة** رحمه الله.

قال رحمه الله: (**وفي الشراء يتوقف ما لم يشتر الباقي**) أي في الوكيل بشراء العبد إذا اشترى نصفه يتوقف شراؤه، فإن اشترى باقيه قبل أن يختصما لزم الموكل وإلا لزم الوكيل، **وهذا بالإجماع** لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الإمساك بأن كان العبد بين جماعة فلم يقدر على شراء كله دفعة وحدة فيحتاج إلى شرائه شقصاً فشقصاً حتى يشتري الكل، فإذا اشترى الكل قبل ردّ الآمر الشراء تبين أنه وسيلة **فينفذ على الآمر** وإن لم يشتر حتى ردّ الشراء نفذ على / المأمور بخلاف الوكيل ببيع [١٠ ب/٣] العبد عند أبي حنيفة رحمه الله على ما بينا، والفرق له بينهما أن الشراء يتحقق فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه، ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير [فلم يصح][1] فلم يعتبر فيه الإطلاق

بيعه بما قل وكثر اهـ **قوله: (فلا يجوز إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أي فهما** جعلاه كالشراء وهو فرق بينهما اهـ غاية. وكتب أيضاً عليه ما نصه فحينئذٍ يجوز أيضاً عندهما استحساناً اهـ غاية. **قوله: (وقولهما استحسان والقياس ما قاله الإمام إلخ)** قال الإتقاني: وأصل ذلك أن أبا حنيفة يعتبر العموم والإطلاق في التوكيل بالبيع، وأما في التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذي لا ضرر فيه ولا تهمة وعندهما كلاهما سواء اهـ **قوله في المتن: (وفي الشراء يتوقف)** قال الإتقاني: يعني بالاتفاق اهـ **قوله: (وهذا بالإجماع)** قال العيني: قلت: فيه خلاف زفر والثلاثة فإن عندهم لا ينفذ البيع إلا في قول للشافعي ورواية عن أحمد اهـ **قوله: (فينفذ على الآمر إلخ)** قال الإتقاني: فإن ابتاع الباقي منه قبل الخصومة لزم الآمر عندنا، وعند زفر يلزم الوكيل دون الآمر ولو اختصم الوكيل مع الموكل إلى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي، وألزم القاضي الوكيل ثم إن الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل بالإجماع، وكذلك هذا الحكم في جميع الأشياء التي في تبعيضها مضرة ويكون التشقيص فيه عيباً كالعبد والأمة والدابة والثوب وما أشبه ذلك، ولو وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه مضرة ولا يكون التبعيض فيه عيباً فاشترى بعضه لزم الآمر نحو أن يوكله بشراء كر من حنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكر بخمسين درهماً لزم الآمر، وكذلك لو وكله بشراء عبدين فاشترى له أحدهما لزم الآمر بالإجماع، وكذلك لو

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

والتقييد فيتوقف على شراء الباقي، ولا يقال: إن الشراء لا يتوقف بل ينفذ على المشتري فكيف يمكن القول بالتوقف، لأنا نقول: إنما لايتوقف إذا وجد نفاذاً على العاقد، وأما إذا لم يجد فيتوقف كشراء العبد والصبي المحجور عليهما لغيرهما بغير أمره فإنه يتوقف على إجازة من اشترى له لأنه لم يجد نفاذاً على المشتري، فكذا هنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم النفاذ عليه لأنه إنما ينفذ عليه إذا كان مخالفاً من كل وجه ولا على الآمر لأنه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف، فإن اشترى باقيه لزم الآمر وإلا لزم المأمور ولا فرق فيه بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه **فلو أعتقه الآمر في زمن التوقف نفذ عتقه** عند أبي يوسف رحمه اللّه ولا ينفذ عتق المأمور، وعند محمد رحمه اللّه بالعكس لأنه قد خالف فيما أمره به وإنما يتوقف عليه من حيث أن الخلاف يتوهم رفعه بأن يشتري الباقي فيرتفع الخلاف فقبل أن يشتري بقي مخالفاً فإذا أعتقه الآمر لم ينفذ وأبو يوسف يقول: إن العقد موقوف على إجازة الموكل، ألا ترى أنه لو أجاز صريحاً نفذ عليه والإعتاق إجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ إعتاق الوكيل لأن الوكالة تناولت محلاً بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه، ولم يتوقف على إجازته فلا ينفذ إعتاقه هكذا ذكره في النهاية معزياً إلى الإيضاح.

قال رحمه اللّه: (ولو ردّ المشتري المبيع على الوكيل بالعيب ببينة أو نكول ردّه على الآمر، وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله) لأن البينة حجة مطلقة، والوكيل مضطر في النكول لعدم ممارسته المبيع فلزم الآمر وإقراره ليس بحجة على الموكل، وإنما يرده عليه إذا ردّ عليه بإقراره بعيب لا يحدث مثله لأن القاضي يعلم أن العيب كان في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى الإقرار ولا إلى البينة والنكول فحاصله أن العيب لا يخلو إما أن لا يكون حادثاً كالسن الزائدة والأصبع الزائدة أو يكون حادثاً لكنه لا يحدث مثله في مثل تلك المدة أو يحدث في مثلها، فإن كان غير حادث ردّه القاضي بغير حجة من بينة أو نكول أو إقرار، وكذا إذا كان حادثاً لكنه لا يحدث في مثل هذه المدة ردّه القاضي بغير بينة ولا نكول ولا إقرار لعلمه بكونه عند البائع، **وتأويل اشتراط البينة أو النكول أو الإقرار** في الكتاب أن الحال قد يشتبه على

وكله بشراء جماعة من العددي فاشترى واحداً منها لزم الآمر اهـ **قوله: (فلو أعتقه الآمر في زمن التوقف نفذ عتقه)** قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب، قال أبو يوسف: إذا وكل رجل رجلاً أن يشتري له عبداً فاشترى نصفه جاز عتق الآمر فيه، ولم يجز عتق الوكيل وقال محمد: يجوز عتق الوكيل دون الموكل اهـ إتقاني. **قوله: (وتأويل اشتراط البينة أو النكول أو الإقرار)** قال الإتقاني: وإنما شرط محمد في الجامع الصغير البينة أو الإباء أو الإقرار لاشتباه

القاضي [بأن لا][(١)] يعرف تاريخ البيع فاحتاج إلى هذه الحجة ليظهر التاريخ أو كان عيباً لا يعرفه إلا الأطباء أو النساء، وقولهم حجة في توجه الخصومة لا في الردّ فيفتقر إليها للردّ حتى لو كان القاضي عاين البيع، وكان العيب ظاهراً لا يحتاج إلى شيء منها، وإن كان عيباً يحدث مثله فكذلك الحكم إن كان ببينة أو نكول لأن البينة حجة مطلقة، وكذا النكول حجة في حقه فيردّه عليه، ثم في هذه المواضع كلها ردّ القاضي على الوكيل يكون ردّاً على الموكل وإن ردّه عليه في هذا النوع بإقرار/ بقضاء [١١ ٣/١] القاضي لا يكون ردّاً على الموكل لأن الإقرار حجة قاصرة فلا يتعدّى بخلاف ما إذا كان مما لا يحدث مثله، ولكن له أن يخاصم الموكل فيردّه عليه ببينة أو بنكوله، وإن ردّه عليه بإقراره برضاه من غير قضاء فليس له أن يردّه على الموكل لأنه إقالة وهي بيع جديد في حق ثالث، والموكل ثالثهما بخلاف ما إذا ردّه عليه بإقراره بقضاء قاض لأن الردّ حصل بالقضاء فكان مكرهاً فانعدم التراضي، وهو شرط في المعاوضة المالية فجعل فسخاً في حق الكل، ولكن الفسخ استند إلى دليل قاصر وهو الإقرار فعملنا بهما فمن حيث أن الردّ فسخ كان للوكيل أن يخاصم الموكل ومن حيث أنه استند إلى دليل قاصر لزم الوكيل إلا أن يقيم حجة على الموكل، وإن كان العيب غير حادث أو كان حادثاً إلا أنه لا يحدث مثله في تلك المدة فردّه على الوكيل بإقراره بغير قضاء لزم الوكيل، وليس له أن يخاصم الموكل في عامة روايات المبسوط وذكر في البيوع أنه يكون ردّاً على الموكل لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع إليه إذ لا يكلفه القاضي إلى إقامة البينة ولا إلى الحلف في هذه الصورة بل يردّه عليه بلا حجة فكان الحق متعيناً في الردّ قلنا: الردّ بالتراض بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما، ولا نسلم أن الحق متعين في الردّ بل يثبت حقه أولاً في وصف السلامة ثم إذا عجز ينتقل إلى الردّ ثم إذا امتنع الردّ بحدوث العيب أو بزيادة حدوث فيه ينتقل إلى الرجوع بالنقصان فلم يكن الردّ متعيناً، وهكذا ذكر الروايتين في شرح الجامع الصغير وغيره، وبين الروايتين تفاوت كثير لأن فيه نزولاً من اللزوم إلى أن لا يخاصم بالكلية، وكان الأقرب أن يقال: لا يلزمه ولكن له أن يخاصم.

قال رحمه الله: (وإن باع نسيئة فقال: أمرتك بنقد، وقال المأمور: أطلقت

الأمر على القاضي بأن العيب قديم أم لا، أو يعلم القاضي يقيناً أن مثل هذا العيب لا يحدث في مدة شهر مثلاً ولكنه لا يعلم تاريخ البيع متى كان فيحتاج المشتري إلى واحدة من هذه الحجج على أن تاريخ البيع منذ شهر حتى يظهر عند القاضي أن هذا العيب كان

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

فالقول للآمر) أي الوكيل بالبيع باع نسيئة فقال له الموكل: أمرتك أن تبيعه بنقد وقال الوكيل: أمرتني ببيعه مطلقاً ولم تقل شيئاً **كان القول قول الموكل**، لأن مبنى الوكالة على التقييد حتى لا تصح بدون بيان النوع بعد الجنس أو الثمن، ألا ترى أنه لو قال: وكلتك أن تشتري لي دابة لا يصح، ولو قال: وكلتك في مالي ليس له إلا الحفظ فإذا كانت مبناها على التقييد وهو يستفاد من جهة الآمر كان القول له كما إذا أنكر الآمر أصلاً.

قال رحمه الله: (وفي المضاربة للمضارب) أي باع المضارب نسيئة فقال رب المال: أمرتك أن تبيعه بنقد **وقال المضارب: أطلقت كان القول للمضارب** لأن الأصل في المضاربة الإطلاق والعموم، ألا ترى أنه يملك التصرف المعتاد من شراء وبيع وإبضاع وتوكيل واستئجار وإيداع بذكر لفظة المضاربة فقامت الدلالة على الإطلاق فمن ادعاه فيها كان مدَّعياً لما هو الأصل فيها فكان القول له لأن الظاهر يشهد له بخلاف ما إذا ادّعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر، حيث يكون القول لرب المال لسقوط الإطلاق باتفاقهما **فأشبهت [الوكالة التي ليست]**[1] **فيها شائبة الشركة**، ثم مطلق الأمر بالبيع يقتضيه نقداً ونسيئة إلى أجل متعارف عندهما وإلى أي أجل كان عنده، بخلاف المضاربة حيث يتقيد بأجل متعارف بين التجار على ما يجيء في موضعه إن شاء الله تعالى.

قال رحمه الله: (**ولو أخذ الوكيل بالثمن رهناً** فضاع أو كفيلاً **فتوى عليه** لا

في يد البائع فيرد المبيع عليه اهـ **قوله: (كان القول: قول الموكل)** لأن الإذن يستفاد من جهته فكان القول قوله في كيفيته تحقيقه أن الأمر قد يقع مطلقاً وقد يقع مقيداً ولم يوجد دليل على أحد الوجهين فكان القول قول الموكل لأنه يدَّعي الخصوص والأصل في الوكالة الخصوص اهـ غاية. **قوله: (وقال المضارب: أطلقت كان القول للمضارب)** وفي قول زفر القول: قول رب المال وهو القياس لأن الأمر يستفاد من جهة رب المال فصار كما في الوكالة قال أبو الليث في شرح الجامع الصغير: وعلماؤنا استحسنوا في المضاربة لأن المضاربة بناؤها على العموم وقد تصادقا على المضاربة ثم رب المال ادّعى زيادة شرط والمضارب منكر فالقول قوله اهـ غاية. **قوله: (فأشبهت الوكالة التي ليست فيها شائبة الشركة)** يحترز بذلك من المضاربة لأنها وكالة ولكن تصير شركة في الآخرة إذا ربح اهـ **قوله في المتن: (ولو أخذ الوكيل بالثمن رهناً إلخ)** قال في الهداية: قال ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهناً وضاع في يده أو أخذ به كفيلاً فتوى المال عليه فلا ضمان عليه، قال الإتقاني: أي قال في الجامع الصغير: وصورة المسألة فيه قال يعقوب ومحمد: أمر رجل

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

[١١ ب/٣] يضمن) أي/ الوكيل بالبيع فعل ذلك لا يضمن لأنه أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها، والارتهان والكفالة وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما ولأن قبض الرهن كقبض الثمن من حيث أنه قائم مقامه ثم الثمن كان أمانة في يده بعد القبض، فكذا الرهن بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا يملك أخذ الرهن ولا الكفيل لأنه يقبض نيابة عن الآمر، ولهذا لا يملك الإبراء ويملك الآمر منعه ولا كذلك الوكيل بالبيع ولولا أنه أصيل فيه لكان مثله، وفي النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة، وقيل: الكفالة على حقيقتها فإن التوى يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين، وهذا كله ليس بشيء لأن المراد هنا توى مضاف إلى أخذه الكفيل بحيث أنه لو لم يأخذ كفيلاً لم يتو دينه كما في الرهن والتوى الذي ذكره هنا غير مضاف إلى أخذه الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلاً أيضاً لتوى بموت من عليه الدين وحمله على الحوالة فاسد لأن الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلساً بل يرجع به على المحيل وإنما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والأوجه أن يقال: **المراد بالتوى** توى مضاف إلى أخذه الكفيل، وذلك يحصل

رجلاً أن يبيع له عبداً فباعه ثم أخذ بالثمن رهناً فضاع في يده وأخذ به كفيلاً فهو جائز ولا ضمان عليه إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: وليس في المسألة اختلاف إلا أنه روي عن أبي يوسف ومحمد، ولم يرو عن أبي حنيفة رضي الله عنه وذلك لأن استيفاء الثمن من حقوق العقد، وهي راجعة إلى الوكيل اهـ وكتب أيضاً ما نصه قال شيخ الإسلام علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد الإسبيجابي في شرحه لمختصر الكافي للحاكم الشهيد في أول باب الكفالة في الرهن: وإذا دفع الرجل إلى الرجل متاعاً فقال: بعه وارتهن لي به رهناً ففعل فهو جائز لأنه أتى بما أمره به ولو فعله بنفسه جاز، فكذا إذا فعله نائبه فإن كان الرهن أقل من الثمن بما لا يتغابن الناس فيه فهو جائز في قول أبي حنيفة، ولم يذكر قولهما ويحتمل أن لا يجوز على قولهما بناء على أن أخذ الرهن يشبه البيع لأن قبض الرهن قبض ضمان ويصير مستبدلاً مستوفياً في العاقبة، والوكيل بالبيع عندهما لا يملك البيع بالغبن الفاحش، وعند أبي حنيفة يملك ولو باعه ولم يرتهن لم يجز البيع بثمن مؤكد بالرهن فإذا باعه بثمن غير مؤكد يصير مخالفاً، ولو قال: بعه بثمن ثقة فارتهن رهناً أقل منه بما يتغابن الناس فيه فهو جائز لأنه يحصل التوثق به لأنه مماثل للدين أو مقارب له فصلح وثيقة له، لأن الوثيقة ما يفضي إلى الحقيقة وإن كان أقل منه بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لأن توثيق الكثير بحبس القليل مما لا يعقل لأنه تعلق به حق الآمر، لأن فائدة التوثق مرجعه إليه فيكون الوكيل بالردّ مبطلاً له فيضمن اهـ غاية. **قوله: (فتوى عليه)** أي على الكفيل اهـ غاية قال في الوافي: أو أخذ

بالمرافعة إلى حاكم يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة، ولا يرى الرجوع على الأصيل بموته مفلساً مثل أن يكون القاضي مالكياً ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلساً.

قال رحمه الله: (ولا يتصرف أحد الوكيلين وحده) لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما ولو كان البدل مقدّراً لأن تقديره لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة والنقصان وفي اختيار البائع والمشتري ونحو ذلك، وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي وأمكن اجتماعهما فيه **وكان توكيلهما بلفظ واحد**، وأما ما لا يحتاج فيه إلى الرأي كالطلاق والعتاق بغير عوض أو لا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة جاز لأحدهما أن يتصرف فيه دون صاحبه، وكذا إذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف لأنه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك بخلاف الوصيين إذا أوصى إلى كل واحد منهما بكلام على حدّة حيث لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف في الأصح، لأن وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة والوكالة حكمها يثبت بنفس التوكيل، فإذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبدّ كل واحد منهما بالتصرف، وإذا

بثمنه كفيلاً فتوى المال على الكفيل اهـ **قوله: (المراد بالتوى إلخ)** أخذ الشارح رحمه الله هذا من الكافي فقد قال فيه بعد قوله: فتوى المال على الكفيل بأن يرفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب ملك فيحكم ببراءة الأصيل فتوى المال على الكفيل فلا ضمان عليه اهـ **قوله: (وكان توكيلهما بلفظ واحد)** قال في الهداية: فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكّلا فيه، قال الإتقاني: قالوا: هذا إذا وكلهما بكلام واحد دفعة واحدة بأن قال: وكلتكما ببيع عبدي وخلع امرأتي أما إذا وكلهما بكلامين كان لكل منهما أن يتصرف لأن كل واحد منهما مسلط على البيع والخلع بانفراده اهـ وكتب أيضاً ما نصه قال الإتقاني رحمه الله: قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: الأصل في هذا أن الوكيلين بالمبادلة إذا فعل أحدهما بالمبادلة دون صاحبه لم يجز ولاينفذ حتى يجيزه الوكيل الآخر أو الموكل، ولا يجوز فعل أحدهما لأن المبادلة تتعلق بالرأي والمشورة، وقد رضي برأيهما ومشورتهما ولم يرض برأي أحدهما سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن مسمى والوكيل الآخر حاضر أو غائب إلا أن في الشراء ينفذ عليه ولا يتوقف لأن الشراء إذا وجد نفاذاً على العاقد لا يتوقف بخلاف البيع، فإنه يتوقف على إجازة الموكل أو الوكيل، وكذا الوكيلان بالتزويج والخلع والكتابة على مال إذا فعله أحدهما لا يجوز حتى يجيزه الموكل أو الوكيل الآخر، وأما الوكيلان بالعتق على غير مال، والوكيلان بالطلاق على غير مال فلأحدهما أن يعتق ويطلق، وكذا الوكيلان بالخصومة لأحدهما أن يخاصم إلا أنه إذا انتهى إلى قبض المال لا يجوز قبض أحدهما حتى يجتمعا لأن الخصومة مما لا يتأتى فيها

[١٢ ا/٣] وكلهما بكلام واحد لا ينفرد به أحدهما وإن كان أحدهما حرّاً بالغاً عاقلاً والآخر عبداً أو صبياً محجوراً عليه لما ذكرنا، ولو باع أحدهما بحضرة صاحبه فإن أجازه صاحبه جاز وإلا فلا، ولو كان غائباً فأجازه لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه اللّه، وإن مات أحدهما أو ذهب عقله لم يجز للآخر أن يتصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده.

قال رحمه اللّه: (**إلا في خصومة وطلاق** وعتاق بلا بدل وردّ وديعة وقضاء دين) لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي، والخصومة وإن كان يحتاج فيها إلى الرأي لكن اجتماعهما في التكلم في مجلس القاضي متعذر لأنه يؤدّي إلى التلبيس على القاضي وإلى الشغب والرأي يحتاج إليه سابقاً على الخصومة، **ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة** عند عامّتهم لأنه لا يتعلق بسماعه الخصومة وهو ساكت فائدة، **وطلاق الزوجة/ والعتق** بلا بدل لا يحتاج فيه إلى الرأي إلا إذا قال: طلقاها إن شئتما أو جعل أمرها بأيديهما فحينئذٍ يكون تفويضاً فيقتصر على المجلس لكونه تمليكاً أو

اثنان بالاجتماع، والقبض مما يتأتى فيه الاجتماع، وكذا لو وكل اثنين بتسليم ما وهب إلى الموهوب له فسلم أحدهما صحت الهبة، وكذا لو وكل اثنين بقضاء الدين وسلم المال إليهما فقضاه أحدهما جاز، وأما الوصيان فليس لأحدهما التصرف إلا بإذن صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد كالوكيلين بالبيع إلا في أشياء معروفة فذكرها في الوصايا، وعند أبي يوسف لكل واحد منهما ولاية التصرف على حدة ولو دفع ماله إلى اثنين مضاربة فليس لأحدهما التصرف إلا بإذن صاحبه بالاتفاق، كذا في شرح الطحاوي اهـ **قوله في المتن: (إلا في خصومة وطلاق إلخ)** قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير: لا ينفرد أحد الوكيلين إلا في أربعة أشياء الأول إذا وكلهما بالطلاق، والثاني إذا وكلهما بالعتاق، والثالث إذا وكلهما بردّ وديعة أو عارية أو غصب أو دين عليه لرجل، والرابع إذا وكلهما بالخصومة لأن في الثلاثة لا يحتاج إلى الرأي، وأما في الخصومة فقد ذكرنا فيها المعنى اهـ إتقاني رحمه اللّه.

قوله: (ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة) ولكنهما لايقبضان إلا معاً، وقال زفر: لا يصح الانفراد في الخصومة أيضاً لأنه يحتاج فيها إلى الرأي ورأي الاثنين لا يكون كرأي الواحد فرضاه برأيهما لا يكون رضاً برأي أحدهما كما في البيع والشراء، ولنا أن المعهود بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشغب وتحرياً للصواب إذ الإنسان يبتلى بالغلط عند كثرة اللغط، وفي الاجتماع إخلال بالاستماع ولما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضياً بخصومة أحدهما ولكن على وجه لايفوت فائدة توكيلهما، وذا بأن يتناوبا الأمر برأيهما وإنما ينفرد أحدهما بالتكلم اهـ كافي.

قوله: (وطلاق الزوجة والعتق إلخ) قال الإتقاني: وذكر في الجامع لو قال لرجلين: طلقا امرأتي إن شئتما أو أردتما فطلقها أحدهما لم يقع لأنه على الطلاق بمشيئتهما فلا ينزل عند

يكون تعليقاً فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق، لأن المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود أحدهما **وعلى هذا لو قال: طلقاها جميعاً ليس لأحدهما أن يطلقها وحده** ولا يقع عليها طلاق أحدهما، ولو قال: طلقاها جميعاً ثلاثاً فطلقها أحدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع، وردّ الوديعة لا يحتاج فيه إلى الرأي فردّ أحدهما كردّهما بخلاف ما إذا وكلهما باستردادها حيث لا يكون لأحدهما أن يقبض بدون صاحبه لأن اجتماعهما فيه ممكن وللموكل فيه غرض صحيح، لأن حفظ اثنين خير من حفظ واحد فإذا قبضه أحدهما ضمن كله لأنه قبض بغير إذن المالك إذا أمره تناولهما مجتمعين لا متفرّقين فلم يكن مأموراً في حالة الانفراد بقبض شيء منه، وقضاء الدين مثل ردّ الوديعة واقتضاؤه مثل استرداد الوديعة.

قال رحمه اللّه: (ولا يوكل إلا بإذن أو باعمل برأيك) أي لا يوكل الوكيل فيما وكل فيه إلا أن يأذن له الموكل أو يقول له: اعمل برأيك **لأنه رضي برأيه** ولم يرض برأي غيره، ولأن المفوّض إليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدون التفويض إليه بخلاف التوكيل في الحقوق حيث يملكه بغير إذن الموكل لأنه أصيل فيه، ولهذا لا يملكه الموكل ولا نهيه عنه **ويملكهما فيما نحن فيه** فلا يملك التوكيل بدون رضاه، **فإذا فوّض إليه ووكل كان الثاني وكيلاً** عن الموكل حتى لا يكون للأوّل أن يعزله ولا ينعزل بموته، وينعزلان بموت الموكل وهو نظير استخلاف القاضي حيث لا يملكه إلا بإذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضي الأوّل ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزلان بموته، والفرق أن الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل به القاضي الذي ولاه هو أو ولاه القاضي بإذنه، والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه.

مشيئة أحدهما، وكذلك لو قال: أمر امرأتي بأيديكما فطلق أحدهما لا يقع لأنه جعل الرأي إليهما لا إلى أحدهما اهـ **قوله: (وعلى هذا لو قال: طلقاها جميعاً ليس لأحدهما أن يطلقها وحده)** حتى لو انفرد أحدهما بلا رأي الآخر لا يجوز اتفاقاً اهـ ابن فرشتا. **قوله: (لأنه رضي برأيه)** والناس متفاوتون في الرأي اهـ غاية. **قوله: (ويملكهما فيما نحن فيه)** أي يملك الموكل التوكيل فيما وكّل فيه ويملك نهي الوكيل عنه اهـ **قوله: (فإذا فوّض إليه ووكل كان الثاني وكيلاً)** قال قاضيخان في فصل التوكيل بالخصومة: رجل وكل رجلاً بالخصومة، وقال له ما صنعت من شيء فهو جائز فوكل الوكيل غيره بذلك جاز توكيله ويكون الوكيل الثاني وكيل الموكل الأول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الأول أو عزل أو جنّ أو ارتد ولحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثاني، ولو مات الموكل الأول أو جن أو ارتدّ ولحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الأول الوكيل الثاني جاز عزله لأن الموكل

قال رحمه الله: **(فإن وكل بلا إذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبي فأجاز صح)** أي إن وكل الوكيل بغير إذن الموكل فعقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول أو عقد أجنبي فأجازه الوكيل الأول جاز فيهما، لأن مقصود الموكل حضور رأيه وقد حصل به، **وكذا لو عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول جاز من غير إجازة** منه لأن المقصود

رضي بصنع الأول وعزل الأول الثاني من صنيع الأول اهـ **قوله في المتن: (فإن وكل بلا إذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبي فأجاز صح)** قال الإتقاني: قال محمد في الجامع الصغير: عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل وكل رجلاً ببيع عبد فأمر الوكيل رجلاً ببيعه قال: إن باعه والوكيل الأول حاضر جاز ذلك، وإن باعه وهو غائب عنه لم يجز وقال محمد: عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وكل رجلاً ببيع عبد فباعه رجل غير الوكيل فبلغ الوكيل فسلم البيع قال: جائز، إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في شرح الطحاوي: وليس للوكيل أن يوكل غيره بما وكل به إلا أن يطلق له الذي وكله أو يجيز أمره فيما وكل به فيكون له ذلك لأن بناء الوكالة على الخصوص فليس له أن يفوّض إلى غيره إلا أن يأذن له الموكل بذلك أو يقول له وقت التوكيل: ما صنعت من شيء فهو جائز فحينئذٍ يجوز ولو وكل رجلاً ببيع عبد ولم يجز له ما صنع ولا أذن له في ذلك فوكل الوكيل غيره ببيع ذلك فباعه الوكيل الثاني فإنه ينظر إن باعه بحضرة الوكيل الأول جاز البيع وصار كأن الوكيل الأول هو الذي باعه، ولو باعه بغير حضرة الوكيل الأول لم يجز بيعه حتى يجيزه الوكيل الأول أو الموكل، وقال زفر: لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الأول أو بغير حضرته، وقال ابن أبي ليلى: يجوز بيع الوكيل الثاني بحضرة الأول وبغير حضرته، وأما الوكيل بالشراء إذا وكل غيره فاشترى الثاني فهو على الخلاف إلى هنا لفظ شرح الطحاوي. **قوله: (وكذا لو عقد الوكيل الثاني إلى قوله: جاز من غير إجازة إلخ)** مقتضاه أن قوله في المتن: فأجاز صح، راجع إلى مسألتي الوكيل الثاني والأجنبي، وإلا لو كان قوله: جاز راجعاً لمسألة الأجنبي فقط لم يكن لقول الشارح، وكذا لو عقد الوكيل إلخ فائدة لأنه حينئذٍ يكون مستفاداً من المتن، قال الإتقاني رحمه الله: ونقل في الفتاوى الصغرى عن وكالة شيخ الإسلام خواهر زاده أن الوكيل بالبيع أو الإجارة إذا وكل غيره فباع الثاني أو آجر والأوّل حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الأول ذلك جاز فقد شرط الإجازة من الوكيل الأوّل للجواز، وإن حصل البيع أو الإجارة من الثاني بحضرة الأوّل، وذكر بعد هذا أنه إذا باع الثاني بحضرة الأول يجوز ولم يشترط الإجازة، وهو المذكور في الجامع الصغير ذكر هاتين الروايتين في باب الوكالة بالقيام على الدار من المبسوط لشيخ الإسلام خواهر زاده، ثم قال شيخ الإسلام خواهر زاده: حكي عن الكرخي أنه كان يقول: ليس في المسألة اختلاف الروايتين لكن ما ذكر مطلقاً في بعض المواضع محمول على ما إذا أجاز الوكيل الأول ذلك، وإلى هذا ذهب عامة مشايخنا ووجه ذلك أن توكيل الوكيل لما لم يصح التحق

وهو حضور رأيه قد حصل بنفس العقد بإذنه، **ولو قدّر الأول الثمن للثاني جاز عقده في غيبته** لحصول المقصود باستعمال رأيه في تقدير الثمن بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدّر لهما البدل حيث لا يجوز لأحدهما أن يتصرف بدون صاحبه، لأن تقديره لا يمنع استعمال الرأي في نقصانه في الشراء، وفي الزيادة في البيع وفي اختيار من يعاملانه بل هو مقصوده ظاهراً لأن تفويضه إليهما مع تقدير البدل دليل عليه، بخلاف ما إذا كان المأمور واحداً لأن غرضه استعمال رأيه في معظم الأمر وهو تقدير البدل وقد حصل وهذا لأن المقصود في الوكالات الاسترباح عادة وهو زيادة البدل، وقد حصل بتقدير البدل وما عداه كالفضلة فلا يكون مقصوداً بالتوكيل، **واختلفوا في العهدة فيما إذا عقد الوكيل** الثاني بحضرة الوكيل الأول فذكر البقالي في فتاويه أن الحقوق تتعلق بالأوّل وكذا ذكر المحبوبي أيضاً لأن الموكل رضي بلزوم العهدة/ [١٢ ب/٣] للأوّل دون الثاني، وذكر في حيل الأصل والعيون أن الحقوق ترجع إلى الثاني [وهو الصحيح][(١)] لأنه هو العاقد والعقد هو السبب للزوم وقد صدر من المباشر دون غيره، **وينبغي أن يكون على هذا الخلاف فيما إذا عقده** والأول غائب فأجاره أو عقده أجنبي فأجاز الأول ولا معنى لاشتراط حضرته والوكيل بالطلاق أو العتاق إذا وكل غيره فطلق الثاني بحضرة الوكيل الأول لا ينفذ، لأن الآمر علقه بلفظ الأول دون الثاني وهو يتلعق بالشرط بخلاف البيع ونحوه.

قال رحمه الله: (وإن زوّج عبد أو مكاتب أو كافر صغيرته الحرة المسلمة أو

بالعدم فيكون الثاني فضولياً، وعقد الفضولي لا يتم بمجرّد حضرة المجيز ما لم يجز، ومنهم من جعل في المسألة روايتين في رواية يشترط فيه الإجازة كما ذكرنا، وفي رواية يكفي حضور الأول كما ذكر في الجامع الصغير قال شيخ الإسلام خواهر زاده: وعلى هذا أحد وكيلي البيع أو الإجارة إذا أمر صاحبه فباع بحضرته أو آجر جاز في رواية، ولا يجوز في رواية ما لم يجز الآمر الثاني أو المالك كذا في التتمة والفتاوى الصغرى اهـ ما قاله الإتقاني رحمه الله. **قوله**: (**ولو قدّر الأوّل الثمن للثاني جاز عقده في غيبته**) أي في رواية كتاب الرهن اهـ وفي رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن تقدير الثمن يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة، وربما يزيد الأوّل على هذا الثمن لو كان هو المباشر للبيع اهـ كافي. **قوله**: (**واختلفوا في العهدة فيما إذا عقد الوكيل إلخ**) قال في فتاوى قاضيخان: الوكيل بالبيع إذا لم يقل له الموكل ما صنعت من شيء فهو جائز لا يملك التوكيل، فإن وكل غيره فباع الوكيل الثاني بحضرة الأول جاز وحقوق العقد ترجع إلى الوكيل الأول عند البعض، وذكر في الأصل أن الحقوق ترجع إلى الوكيل الثاني وهو الصحيح اهـ **قوله**: (**وينبغي أن يكون على هذا الخلاف**

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

باع لها أو اشترى لم يجز) لأنه لا ولاية لهؤلاء، ألا ترى أن العبد لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم قال اللّه تعالى: ﴿ولن يجعل اللّه للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ [النساء: ١٤١]، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ولا شهادة للعبد أصلاً، والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم، ولأن هذه الولاية نظرية فلا بدّ من تفويضها إلى القادر ليتحقق معنى النظر، والرق يزيل القدرة والكفر بقطع الشفقة على المسلم فلا مصلحة في التفويض إليهما، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الكافر ذمّياً أو حربياً، وأما المرتد فإن ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالإجماع لأنها تبنى على النظر، والنظر يحصل باتفاق الملة لأن اتحادها داع إلى النظر وهو متردّد في الحال فوجب التوقف فيه فإذا أسلم جعل كأنه لم يزل مسلماً فينفذ تصرفه، وإذا مات أو قتل على ردّته تقرّرت جهة انقطاع الولاية فيبطل تصرفه بخلاف تزوّجه بنفسه حيث لم يجز، وإن أسلم بعد ذلك لأن جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتدّ فلا يتوقف، إذ لا مجيز له في الحال لأن شرط التوقف أن يكون له مجيز في الحال فصار نظير إعتاق الصبي وطلاقه وهبته حيث لا تتوقف على البلوغ إذ لا مجيز لها في الحال، ونكاح أولاده الصغار له مجيز في الحال، وهو الولي أو القاضي فيتوقف فإذا أسلم نفذت فصح النكاح وإلا بطل، وبخلاف تصرفاته في ماله عندهما لأنها تنبني على الملك وملكه قائم ثابت في أمواله ما دام حياً فينفذ بلا توقف واللّه تعالى أعلم.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال رحمه اللّه: (**الوكيل بالخصومة** والتقاضي لا يملك القبض) وهذا قول زفر رحمه اللّه، وقال علماؤنا الثلاثة رحمهم اللّه: يملك القبض عيناً كان أو ديناً لأن

فيما إذا عقده إلخ) قال الإتقاني: ولو باعه الوكيل الثاني حال غيبة الأول فبلغه فأجاز، أو باعه أجنبي فبلغه فأجاز جاز لأنه حصل رأيه اهـ

باب الوكالة بالخصومة والقبض

لما كانت الخصومة مهجورة شرعاً لقوله تعالى: ﴿ولا تنازعوا فتفشلوا﴾ [الأنفال: ٤٦] حتى تركت حقيقتها إلى مطلق الجواب مجازاً إطلاقاً لاسم السبب على المسبب أخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور بل هو مطلق مجرى على حقيقته اهـ إتقاني رحمه اللّه. في الفتاوى الصغرى لو قال الرجل لآخر: وكلتك بالخصومة في كل حق قبل أهل بلدة كذا فهو وكيل بالخصومة في كل حق له قبل أهل تلك البلدة يوم التوكيل وما يحدث

الوكيل بالشيء وكيل بإتمامه، وإتمامهما يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة لأنه يتوهم إنكاره بعد ذلك والمطل، وربما يحتاج إلى المرافعة ثانياً فيكون له القبض قطعاً لمادتها، ولأن المقصود من الخصومة الاستيفاء إذ هي غير مقصودة لذاتها والوكيل بالشيء يملك ما هو المقصود منه، ومعنى التقاضي الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهو في أصل اللغة القبض لأنه تفاعل من قضى يقال: قضى دينه واقتضيت منه ديني أي أخذت، **والعرف أملك** فكان أولى إذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازاً فيكون التوكيل بها توكيلاً بإتمامها، إذ المطالبة لا تنتهي إلا بالقبض، **ولزفر رحمه الله أن الخصومة** غير القبض حقيقة، وهي لإظهار الحق ويختار في التوكيل بها من هو ألدّ الناس خصومة وأكثرهم كذباً وخيانة وأقلهم ديناً وحياء، ويختار في القبض من هو أوفى الناس أمانة وأكثرهم ورعاً فمن يصلح للخصومة عادة لم / يرض بقبضه فالتوكيل بخصومته لا يدلنا على الرضا بقبضه [١٣/ ٢أ] بل يدل على عكسه، فلا يكون له القبض وكذا المطالبة غير القبض فالوكيل بها لا يملك القبض لما ذكرنا، والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله، ولهذا اختاره الشيخ رحمه الله لتغير أحوال الناس وكثرة الخيانات في الوكلاء، ولا فرق في ذلك بين الدين والعين لأن المعنى لا يختلف فيهما.

قال رحمه الله: (**وبقبض الدين يملك الخصومة**) أي الوكيل بقبض الدين يملك

استحساناً، ولو قال: وكلتك بالخصومة قبل فلان يكون وكيلاً بالخصومة في كل حق يكون موجوداً يوم التوكيل اهـ خلاصة الفتاوى. **قوله في المتن**: (**الوكيل بالخصومة إلخ**) قال في الهداية: والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض قال الإتقاني: هذا لفظ القدوري في مختصره قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير: هذا ظاهر الرواية وقال في إشارات الأسرار: الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين عندنا خلافاً لزفر وقال شمس الأئمة البيهقي في كفايته: الوكيل بتقاضي الدين له القبض اتفاقاً اهـ قال الإتقاني: قال في الواقعات في باب الوكالة بعلامة النون: الوكيل بالتقاضي أو بالخصومة ليس له أن يقبض الدين في زماننا لأن الخيانة ظهرت فيما بين الناس وهو اختيار مشايخ بلخ خصوصاً في الوكلاء على باب القاضي اهـ **قوله**: (**والعرف أملك**) لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية اهـ **قوله**: (**ولزفر أن الخصومة إلخ**) قال الإتقاني: وجه قول زفر: أنه رضي بهدايته في الخصومة لا بأمانته في القبض إذ يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على القبض فلا يملك القبض اهـ **قوله في المتن**: (**وبقبض الدين يملك الخصومة**) قال في خلاصة الفتاوى: في الأصل الوكيل بقبض الدين ليس له أن يوكل غيره ولو وكل رجلاً بقبض كل دين له ثم حدث له دين فله قبضه

الخصومة **حتى لو أقيمت عليه البينة** على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل، وكذا إذا جحد الغريم فأقام الوكيل البينة عليه تقبل وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وقالا: لا يكون خصماً وهو رواية الحسن عنه لأن القبض غير الخصومة فلم يكن الرضا به رضاً بها، إذ ليس كل من يؤتمن على المال يهتدي إليها.

قال رحمه اللّه: (وبقبض العين لا فلو برهن ذو اليد على الوكيل بالقبض أن الموكل باعه وقف الأمر حتى يحضر الغائب وكذا الطلاق والعتاق) أي الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو أقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين أن الموكل باعه العين لم تقبل بينته إلا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيتوقف حتى يحضر الغائب، **وكذا لو أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها** أن الزوج طلقها ثلاثاً أو أقام العبد البينة على الوكيل بنقله أن المولى قد أعتقه لا تقبل في حق وقوع الطلاق والعتاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنهما حتى يوقف الأمر إلى أن يحضر الغائب وهذا بالإجماع استحساناً، والأصل في جنس هذه المسائل أن التوكيل إذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلاً بالخصومة، لأن التوكيل وقع بالقبض لا غير ويمكن حصوله

استحساناً، ولو وكله بقبض غلة الدار يتناول الحادث، وفي سرقة الجامع الوكيل بقبض الدين إذا وكل من في عياله صح حتى لو وكل فقبض فهلك في يده لا يضمن اهـ **قوله: (حتى لو أقيمت عليه البينة إلخ)** قال الإتقاني: قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب قال أبو حنيفة: الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فإن أقام المطلوب البينة أنه قضى الموكل قبلت بينته عليه، وقالا: لا تقبل بينته على القضاء إلا أن الخصومة تسقط اهـ قال الإتقاني: وإنما قيد بالوكيل بقبض الدين لأن الوكيل بقبض العين لا يكون خصماً إجماعاً ونقل في الفتاوى الصغرى عن شيخ الإسلام خواهر زاده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة إجماعاً إن كان التوكيل من القاضي كما لو وكل وكيلاً بقبض ديون الغائب، وقال محمد في الجامع الصغير: عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له في يدي رجل عبد فوكل رجلاً بقبضه من الذي العبد في يديه ثم غاب الموكل، فأقام الذي في يديه العبد البينة أن الغائب قد باعه إياه فقال: أقفه حتى يحضر الغائب وكذلك الطلاق والعتاق وكل شيء إلا الدين فإنه إذا كان لرجل على رجل دين فوكل رجلاً بقبضه فأقام الذي عليه الدين البينة أنه قد أوفاه قبلت بينته، وقال أبو يوسف ومحمد: هذا والأول سواء إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير اهـ **قوله: (وكذا لو أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها إلخ)** قال الإتقاني: بخلاف الوكيل بنقل المرأة والعبد والأمة إذا أقامت المرأة البينة على الطلقات الثلاث أو أقام العبد أو الأمة البينة على الإعتاق حيث لا يكون الوكيل خصماً، ولا تسمع البينة على الطلاق والعتاق إلا لقصر اليد استحساناً ويوقف الأمر إلى أن يحضر الغائب،

بلا خصومة بأن لا يجحد ذو اليد ملكه فلا حاجة إلى جعله وكيلاً في غير ما وكل به لأن الأمر بالشيء إنما يدخل غيره فيه إذا كان لا يتوصل إليه إلا به للضرورة، وإن وقع التوكيل بالتملك كان وكيلاً بالخصومة لأن التملك إنشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد لأنه لا يمكنه التحصيل إلا بها، والخصومة من جملتها فكان وكيلاً بها فإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكماً، ولهذا لو قبض أحد الشريكين شيئاً من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه، ومعنى التملك ساقط حكماً حتى كان له أن يأخذه بلا قضاء ولا رضا كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصماً كما في الوكيل بقبض العين، وقال أبو حنيفة رحمه الله: الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك **لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها وهذا لأن المقبوض** ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه **إلا أن الشرع جعل ذلك طريقاً للاستيفاء** فانتصب خصماً **كالوكيل بالشراء والقسمة والردّ بالعيب والرجوع في**

والقياس أن لا يوقف الأمر بل كان ينبغي أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة بطلت لقيامها على غير خصم وجه الاستحسان في قبول البينة في قصر اليد، خاصة أن الوكيل في نفس القبض قائم مقام الموكل فجعل خصماً في إبطال حق القبض احتياطاً فإذا حضر الغائب تعاد عليه البينة قال فخر الإسلام: ذكر الاستحسان والقياس في كتاب الوكالة وأورد القدوري سؤالاً وجواباً في كتاب التقريب فقال: فإن قيل: لو كان الوكيل بالقبض وكيلاً بالتملك لم يجز توكيل المسلم في قبض الخمر كما لا يوكل في تملكها فالجواب أن هذا تملك من طريق الحكم والمسلم يصح أن يملك الخمر حكماً وإلا لم يجز عقده عليها اهـ **قوله: (لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها)** قال الإتقاني: لأن الدين لايمكن قبضه لأنه وصف ثابت في الذمة لكن لما أخذ المقبوض كان على القابض مثل ما على المطلوب فالتقى الدينان قصاصاً. **قوله: (وهذا لأن المقبوض إلخ)** إشارة إلى مطلع نكتة أبي حنيفة رضي الله عنه يعني كأنه وكله بتملك مثل الدين وذلك مبادلة والمأمور بالمعاوضة يكون أصيلاً في حقوق المعاوضة اهـ قارئ الهداية. **قوله: (إلا أن الشرع جعل ذلك طريقاً للاستيفاء)** يعني أن الديون وإن كانت تقضى بأمثالها لا بأعيانها لما بينا آنفاً إلا أن المقبوض جعل له حكم عين الدين بدليل أن رب الدين يجبر على القبض فلو كان تمليكاً محضاً ليس فيه معنى استيفاء عين الحق لم يجبر على القبض، وكذا إذا ظفر بجنس حقه حل له التناول اهـ غاية.

قوله: (كالوكيل بالشراء والقسمة) يعني أن أحد الشريكين إذا وكل رجلاً بأن يقاسم شريكه فأراد الوكيل المقاسمة فأقام الشريك الآخر البينة أن الموكل أخذ نصيبه تقبل بينته لأن الوكيل خصم، لأن في القسمة معنى التمليك اهـ غاية. **قوله: (والردّ بالعيب)** يعني أن المشتري إذا وكل وكيلاً برد المشترى بسبب العيب فأقام البائع البينة أن المشتري رضي

الهبة والوكيل بأخذ الشفعة، ومسألتنا أشبه بأخذ الشفعة فإنه خصم قبل القبض عنده كما أن الوكيل بطلب الشفعة خصم قبل الأخذ، فأما الوكيل بالشراء فإنما يصير خصماً بعد مباشرة الشراء، وأما الوكيل بقبض العين فليس بوكيل بالمبادلة فصار رسولاً وأميناً محضاً فلم تتعلق الحقوق بالقابض ولا ينتصب خصماً، ولاتقبل البينة عليه قياساً **حتى لا يجب التوقف فيه** لأنها قامت على غير خصم وفي الاستحسان يتوقف حتى يحضر الموكل فإذا حضر أمر الخصم بإعادة البينة على ما ادَّعى **لأن البينة قامت** على نفس الحق وعلى قصر اليد، والوكيل خصم في حق اليد فحسب فيقبل في حقه فتقصر يده عنه كما إذا أقام الخصم البينة أن الموكل/ عزله عن الوكالة فإنها تقبل في حق قصر اليد. [١٣ ب/٣]

قال رحمه اللّه: (**ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح وإلا لا**) أي: إذا أقر عند غير القاضي لا يصح وعنده يصح وهو استحسان، **ولكنه يخرج به عن الوكالة**

بذلك تقبل بينته اهـ غاية. **قوله**: (**والرجوع في الهبة**) يعني إذا وكل وكيلاً بالرجوع في الهبة كان خصماً حتى إذا أراد الرجوع فأقام الموهوب له البينة أن الواهب أخذ العوض تقبل بينته اهـ غاية. **قوله**: (**والوكيل بأخذ الشفعة**) إذا قامت عليه البينة أن الموكل سلم الشفعة صحت وقضى بذلك اهـ غاية. **قوله**: (**ومسألتنا أشبه بأخذ الشفعة**) أي من الوكيل بالشراء اهـ غاية. **قوله**: (**حتى لا يجب التوقف فيه**) بل كان ينبغي أن يدفع إلى الوكيل اهـ غاية. **قوله**: (**لأن البينة قامت**) أي بينة صاحب اليد اهـ **قوله في المتن**: (**ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح وإلا لا**) وصورة المسألة ما إذا كان الوكيل وكيل المدعي فأقر ببطلان الحق أو كان وكيل المدعى عليه فأقر بلزوم الحق عليه اهـ **قوله**: (**ولكنه يخرج به عن الوكالة**) استدراك من قوله: إذا أقر عند غير القاضي لا يصح قال في الهداية: وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد استحساناً إلا أنه يخرج من الوكالة، وقال أبو يوسف: يجوز إقراره وإن أقر في غير مجلس القضاء، قال الإتقاني: وهذه من مسائل القدوري ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له على رجل مال فوكل رجلاً بالخصومة فيه، والمدَّعى عليه يجحد فأقر الوكيل عند القاضي أن الذي وكله قد استوفاه قال: يقضي على الذي له المال بإقرار الوكيل، وإن أقر عند غير قاض فشهد عليه بذلك شاهدان لم يقض على الذي له المال بذلك إلا أن الوكيل لايقضي له بدفع المال إذا شهدت الشهود بإقراره، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: إقراره يلزم الموكل عند القاضي وعند غير القاضي وهو لازم إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير، وقال في الأصل: وإذا وكل الرجل بالخصومة في شيء فهو جائز وهو خصم بمنزلة الذي وكله غير أنه لايجوز إقرار الوكيل على الذي وكله إلا عند

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يصح إقراره عند غير القاضي أيضاً، **وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يصح إقراره عند القاضي أيضاً، وهو قول أبي يوسف** رحمه الله أوّلاً وهو القياس، لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة والإقرار يضادّها، لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضدّه **ولهذا لا يملك** الإبراء والصلح **ويصح إذا استثنى الإقرار** ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناؤه، **وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً** يتقيد بجواب هو خصومة عندهما لقصده الإنكار، ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى في الخصومة وهذا هو العرف والوكالة تتقيد [به كما تتقيد][1] بالتقييد صريحاً، **ولأن فيه** إضراراً بالموكل فلا يملكه ولهذا لا يملكه الأب والوصي في مال الصغير مع أن ولايتهما أوفر قلنا: التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل، وهو الجواب مطلقاً **دون أحدهما عيناً** إذ لا يجوز له

القاضي، فأما عند غير القاضي فلا يجوز هذا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عند القاضي وعند غيره وتقبل البينة عليه بذلك إلى هنا الأصل، وقال القدوري في كتاب التقريب: قال أبو حنيفة ومحمد: يجوز إقرار الوكيل على موكله بحضرة الحاكم ولا يجوز بغير حضرته قوله: وإذا أقر الوكيل بالخصومة إلخ. قال الكاكي: أطلق الإقرار والموكل ليتناول اسم الموكل المدعي والمدَّعى عليه، لأن جواب الإقرار على الموكل لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدَّعياً أو مدعى عليه سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فإقرار وكيل المدعي هو أن يقر بقبض الموكل، وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله اهـ **قوله: (وقال زفر والشافعي: لايصح إقراره عند القاضي أيضاً)** قال الإتقاني: وجه قول زفر أنه وكّله بالخصومة والمنازعة والإقرار مسالمة ومساعدة فكان بين الإقرار والخصومة تضاد فلا يدخل تحت ما يضادّه فلا يجوز إقرار الوكيل على موكله كما لا يجوز صلحه وإبراؤه مع أن الصلح أقرب إلى الخصومة من الإقرار، وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الإقرار بأن قال: وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقر عليّ فأقر الوكيل لم يصح إقراره لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الإقرار لأن الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز اهـ **قوله: (وهو قول أبي يوسف)** وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى اهـ **قوله: (ولهذا لا يملك)** أي الوكيل بالخصومة اهـ **قوله: (ويصح إذا استثنى إلخ)** قال العلامة قارئ الهداية رحمه الله: ومن خطه نقلت الظاهر أنه دليل على أن التوكيل بالخصومة لا يتناول الإقرار وإلا لم يصح استثناؤه كما لم يصح استثناء الإنكار اهـ **قوله: (وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً)** هذه مسألة مبتدأة خلافية ليس إيرادها على وجه الاستشهاد اهـ من خط قارئ الهداية أخذه من كلام

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

أن ينكر إذا كان خصمه محقاً والخصومة يراد بها مطلق الجواب عرفاً مجازاً لأنها سببه فذكر السبب وإرادة المسبب شائع **أو لخروجه بمقابلتها** أو لأن الجواب يكون في موضع تكون فيه الخصومة وهو مجلس الحكم والجواب يتناول الإقرار والإنكار عملاً بعموم المجاز، كما لو قال: عبده حر يوم يقدم فلان فإنه يراد به مطلق الوقت مجازاً، فيتناول الليل والنهار عملاً بعموم المجاز والدليل أنه يراد بها الجواب مطلقاً أن القاضي يأمره بالجواب فيقول له: أجب خصمك ولا يأمره بالخصومة فوجب حمله على الجواب ليصح توكيله قطعاً، ولو حمل على الإنكار لا يصح إلا على أحد التقديرين وهو أن يكون محقاً بالإنكار وإن كان مبطلاً لايصح، وهذا لأن الوكيل قائم مقام الموكل والموكل لايملك الإنكار عيناً، وإما يملك مطلق الجواب وهو بنعم إن كان خصمه محقاً أو بلا إن كان مبطلاً، فكذا لا يملك التوكيل بالإنكار عيناً فلا يحمل عليه لأن في حمله عليه فساده من وجه، وفي حمله على مطلق الجواب صحته من كل وجه فكان أولى لصحته بيقين قطعاً بلا احتمال الفساد، **ولو استثنى الإقرار** فعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه لا يصح لأنه يكون توكيلاً بالإنكار فقط، وهو لا يملك ذلك عيناً فكذا لا يصح التوكيل به فلا يلزمنا، وعن محمد أنه يصح لأنه يحتمل أن يكون محقاً بالإنكار فيملكه وتنصيصه عليه يرجح تلك الجهة فيجوز توكيله به عند التصريح به، وعند الإطلاق يحمل على مطلق الجواب، وعن محمد أنه فرق بين الطالب والمطلوب فصححه من الطالب دون المطلوب لأن الطالب لا يجبر على الخصومة فله أن يوكل بشيء دون شيء على ما يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك التوكيل بما فيه إضرار بالطالب، ولأن الطالب يثبت حقه بالبينة أو بنكول الموكل لأن الوكيل لا يحلف **فلا يفيد استثناء الإنكار في حقه**، وفي ظاهر الرواية **يصح استثناء الإنكار** منهما لما ذكرنا، **ولأن الإنكار** حقيقة في الخصومة فلا يعارضه المجاز عند التصريح بالحقيقة ثم أبو يوسف رحمه اللّه يقول: الوكيل قائم

بعض الشارحين اهـ **قوله**: (**ولأن فيه**) أي في الإقرار اهـ **قوله**: (**دون أحدهما عيناً**) أي أحد الجوابين اهـ **قوله**: (**أو لخروجه بمقابلتها**) كما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ [الشورى: ٤]، لخروج الجزاء في مقابلة السيئة اهـ **قوله**: (**ولو استثنى الإقرار**) جواب عن قوله ويصح إذا استثنى الإقرار اهـ غاية. **قوله**: (**فلا يفيد استثناء الإنكار**) صوابه الإقرار قال في تتمة الفتاوى: إذا وكل بالخصومة واستثنى الإقرار صحت الوكالة والاستثناء في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه لا يصح وعن محمد أنه يصح استثناء الإقرار من الطالب لأنه مخير، ولا يصح من المطلوب لأنه مجبور عليه اهـ غاية. **قوله**: (**يصح استثناء الإنكار**) صوابه الإقرار. **قوله**:(**ولأن الإنكار**) صوابه الإقرار **قوله**:

مقام الموكل بإقامته فإقراره لا يختص بمجلس القاضي، فكذا إقرار من قام مقامه، وهذا لأن الشيء إنما يختص بمجلس القضاء إذا لم يكن موجباً إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة والنكول، فأما الإقرار فموجب نفسه فلا/ يختص بمجلس القضاء بخلاف [١٤ أ/٣] الأب والوصي لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر لقوله تعالى: ﴿ولاتقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ [الأنعام: ١٥٢] وقال تعالى: ﴿قل إصلاح لهم خير﴾ [البقرة: ٢٢٠] وليس في إقراره خير لهم، وهما يقولان: أن المراد بالخصومة الجواب مجازاً على ما بينا فيملك الإقرار من حيث أنه جواب لا من حيث أنه إقرار والجواب يستحق في مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصاً به فيقوم مقام الموكل في مجلس الحكم لا غير، ولم يكن وكيلاً في غيره فإذا أقر فيه لا يعتبر إقراره لكونه أجنبياً فلا ينفذ على الموكل لكن يخرج به عن الوكالة، لأن إقراره على الموكل يتضمن الإقرار على نفسه بأنه ليس له ولاية الخصومة فيقبل في حق نفسه لا في حق الموكل، كالأب والوصي إذا أقرا بمال الصغير لغيره **فإنه يخرج عن الولاية في ذلك المال**، ولو استثنى الإنكار صح إقراره وكذا إنكاره، ولا يصير الموكل مقراً بالتوكيل بالإقرار، ولو أقر الوكيل بالخصومة في حدّ القذف والقصاص لا يصح إقراره لأن التوكيل بالخصومة جعل توكيلاً بالجواب مجازاً بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم في إقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يدرأ بالشبهات.

قال رحمه اللّه: (وبطل توكيله الكفيل بمال) معناه إذا كان لرجل دين على رجل وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من الذي عليه الأصل لم يصح التوكيل لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره، ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعياً في براءة ذمته فانعدم الركن فبطل، ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أميناً، ولو صححناها وجب أن لا يقبل قوله لكونه متهماً فيه بإبراء نفسه فصار نظير من أعتق عبده المدين حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين، ثم إن المولى ضمن الدين للغرماء فإنه لا يصح لما ذكرنا فكذا هذا فإن **قيل: الدائن إذا وكل المدين** بإبراء نفسه عن الدين يصح وإن كان عاملاً لنفسه ساعياً في براءة ذمّته قلنا:

(فإنه يخرج عن الولاية في ذلك المال) ولا يدفع إليهما لأن ولايتهما باعتبار النظر وهو في حفظ المال، والإقرار لا يكون حفظاً بل هو إضاعة فإذا أخذ المال من الغريم لا يدفع إليهما للتناقض كما لو ادّعيا مالاً للصغير على رجل فأنكر فصدقه الأب أو الوصي ثم جاء يدعي المال لا يدفع المال إليه لأنهما خرجا من الولاية والوصاية فكذا الوكيل اهـ كاكي. **قوله: (فإن قيل: الدائن إذا وكل المدين إلخ)** قال في الذخيرة في الفصل الرابع من الوكالة ما نصه: ذكر في الجامع الكبير صاحب الدين إذا وكل المديون أن يبرئ نفسه عن الدين صح، وإذا

ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته: طلقي نفسك، فإذا بطلت الوكالة فلو قبضه من المدين وهلك في يده لم يهلك على الطالب ولو أبرأه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فإنه يقع باطلاً ثم إذا بلغه فأجازه لم يجز لما ذكرنا، ولا يقال: ينبغي أن تبطل الكفالة وتصح الوكالة كعكسه فإنه لو وكله بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين صح الضمان وبطلت الوكالة، لأنا نقول: الكفالة أقوى من الوكالة لكونها لازمة فتصلح ناسخة لها بخلاف العكس، ويجوز أن يوكل الكفيل بالنفس بالخصومة لأن الواحد يقوم بهما.

قال رحمه اللّه: (ومن ادّعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه **فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه**) لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقبضه خالص حقه، إذ الديون تقضى بأمثالها

أبرأ نفسه برئ وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب المأذون أنه لا يصح، وإذا أبرأ نفسه لا يبرأ وفي حوالة الأصل المحتال له إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصح، وكذلك رب الدين إذا وكل المديون بقبض الدين من نفسه لا يصح، وفي نوادر بشر عن أبي يوسف إذا كان بالمال كفيل فوكله الطالب بقبضه من المطلوب فقبض لم يجز قبضه، وإن هلك في يده عنده فلا ضمان عليه لأنه رسول ولم يقبضه لنفسه اهـ وكتب ما نصه قال في شرح التكملة: ومن وكل رجلاً يقبض عبد له في يد آخر وغاب فأقام من في يده البينة أن الموكل باعه إياه وقف الآمر حتى يحضر الغائب لأن الخصم ليس بخصم عن الغائب لأنه وكيل بالقبض لا بالخصومة، وكان القياس أن لا يوقف الآمر كما لا يقضى بالبيع لبطلان البينة إلا أنه استحسن ذلك لقصر يده عن القبض لأنه وكيل بصورة القبض، ولهذا لو حضر الغائب تقام عليه البينة، وكذلك لو وكله بنقل عبده أو أمته أو امرأته فأقاما البينة على العتق والمرأة على الطلاق الثلاث بخلاف ما لو وكله بقبض دين على رجل وغاب فأقام من عليه البينة أنه قضاه حيث تقبل بينته ويبرأ الغريم، لأن الوكيل بقبض الدين وكيل بالتمليك والتملك لما عرف أن قضاء الديون إنما يكون بأمثالها لا بأعيانها فصار خصماً كالوكيل بأخذ الشفعة والقسمة، فإنه لما كان وكيلاً بالتمليك ينتصب خصماً عنه اهـ وكتب أيضاً ما نصه قال قاضيخان: ولو وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين صح توكيله ولا يقتصر على المجلس اهـ **قوله في المتن: (فصدقه الغريم إلخ)** أما لو أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فسيأتي الكلام عليه عند قوله في المتن أو لم يصدقه اهـ **قوله في المتن: (أمر بدفعه إليه)** قال الكاكي: وبه قال المزني[1]، وقال الشافعي وأحمد ومالك لا يؤمر بالتسليم

---

(١) هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن مسلم المزني المصري الشافعي أبو إبراهيم فقيه مجتهد، المتوفى سنة (٢٦٤هـ). انظر شذرات الذهب (١٤٨/٢)، ومعجم المؤلفين (٢٩٩/٢).

فيكون مقراً بوجوب دفع ماله إليه حتى لو ادّعى أنه أوفى الدين إلى الطالب لا يصدق، لأنه لزمه الدفع إلى الوكيل بإقراره وثبتت الوكالة به ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر حقه، كما لو كان الموكل حاضراً وادّعى ذلك، وله أن يطالب رب المال ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل باللّه تعالى ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لأن النيابة لا تجري في الأيمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لأن الحق يثبت للوارث فكان الحلف بطريق الأصالة دون النيابة/ وفي المسألة نوع إشكال، وهو أن [١٤ ب/٣] التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لأن الديون تقضى بأمثالها، فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضموناً عليه، وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصاً والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض، لأنه لا بد للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله بأن يقول: إن فلاناً وكلني بقبض ما له عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الإضافة إلى المرسل بأن يقول: أرسلني إليك وقال لك أقرضني فصح ما ادّعيناه أن هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة هكذا ذكره في النهاية، وعزاه إلى الذخيرة وهذا سؤال حسن، والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة رحمه اللّه فإنه لو كان رسولاً لما كان له أن يخاصم.

قال رحمه اللّه: **(فإن حضر الغائب فصدّقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً)** لأنه إذا صدقه ظهر أنه كان وكيلاً له وقبض الوكيل قبض الموكل فتبرأ ذمته به، وإن كذبه لم

إلا أن يقيم الوكيل بينة على وكالته فحينئذٍ يؤمر بالتسليم في الدين والوديعة واحتج الشافعي بأن هذاتسليم لا يبرئه عن الدين فلا يؤمر به كما لو كان الحق عيناً، وكما لو أقرّ أن هذا وصيّ الصغير بخلاف ما لو أقر أنه وارثه حيث يؤمر بالتسليم لأنه يتضمن إقراره أنه أقر أنه لا حق لسواه وقلنا: أقر على نفسه بأن له حق الاستيفاء لأن ما يقبضه خالص ماله اهـ وكتب ما نصه قال الإتقاني: والأمر بتسليم الدين إلى الوكيل مذهبنا، وقال الشافعي: لا يجبر على التسليم كذا في شرح الأقطع اهـ قال الإتقاني :فإن قلت: يرد على هذا الوكيل بقبض الوديعة فإن المودع إذا صدقه ثم أبى أن يدفع إليه لا يجبر على التسليم إليه. قلت: إنما لم يجبر المودع على التسليم لأنه أقر بثبوت الحق في القبض في ملك الغير لأن الوديعة ملك الغير فلا يصح إقراره في ملك الغير فلأجل هذا لم يجبره القاضي على التسليم بخلاف الدين فإن إقراره بحق القبض وقع في ملك نفسه لا في ملك الغير لأن الديون تقضى بأمثالها. **قوله في المتن: (فإن حضر الغائب فصدقه)** أي صدق الغائب وهو رب الدين الوكيل اهـ **قوله: (وإلا دفع الغريم إليه الدين ثانياً)** لأن الغائب لما لم يصدقه في دعوى براءة ذمته عن الحق لم يصح الأداء فأمر بالدفع ثانياً إلى الموكل، قال في شرح أدب القاضي في

يصر مستوفياً بالقبض لأنه لم تثبت وكالته والقول قوله في ذلك مع يمينه لأنه منكر **ولا يكون قولهما حجة** عليه فيأخذ منه الدين ثانياً إن لم يجر استيفاؤه.

قال رحمه الله: (ورجع به على الوكيل لو باقياً) أي رجع الغريم بما قبضه الوكيل إن كان باقياً في يده لأنه ملكه وانقطع حق الطالب عنه، ولم يبق الاحتمال فيه حيث قبض دينه منه ثانياً.

قال رحمه الله: (وإن ضاع لا) أي إن ضاع المقبوض في يد الوكيل **لا يرجع به عليه** لأن الغريم بإقراره صار محقاً في قبضه الدين وإنما ظلمه الطالب بالأخذ منه ثانياً والمظلوم لا يظلم غيره، ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلاً وله ألف آخر دين على رجل فمات وترك ابنين واقتسما الألف العين نصفين فادّعى الذي عليه الدين أن الميت استوفى منه الألف حال حياته فصدّقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة، ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه إن المكذب ظلمه في الرجوع عليه، وظلم هو المصدق بالرجوع بما أخذه المكذب، وذكر في الأمالي أنه لا يرجع لأن الغريم زعم أنه بريء عن جميع الألف إلا أن الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره وما أخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة، وجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين لأن الديون تقضى بأمثالها فإذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة إلا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة ديناً على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما أصابه بالإرث حتى يستوفي لأن الدين مقدم على الإرث.

قال رحمه الله: **(إلا إذا ضمنه عند الدفع)** أي إلا أن يضمن الغريم الوكيل

باب إثبات الوكالة: كان للغريم أن يحلفه بالله ما قبض فلان بن فلان الفلاني هذا المال بأمرك ووكالتك لأن الغريم يدعي عليه ما لو أقر به لزمه فإذا أنكر يستحلف فإذا حلف كان له أن يرجع على الغريم والغريم يرجع على الوكيل اهـ غاية. **قوله: (ولا يكون قولهما حجة)** أي الغريم والوكيل اهـ **قوله: (لا يرجع به عليه)** لأنه لما صدقه في الوكالة اعتقد أنه أمين في القبض ولكن الموكل يظلمه فيما يطالبه ثانياً، فلما كان أميناً كان محقاً في القبض ثم لما أخذ الغريم من الوكيل كان ذلك ظلماً فلا يجوز لأحد أن يظلم غيره وإن كان هو مظلوماً وهذا معنى قوله والمظلوم لا يظلم، وإن نكل الطالب عن اليمين كان ذلك بمنزلة الإقرار فلا يكون له بعدذلك سبيل لا على المطلوب ولا على أحد غيره ثم الغائب إذا لم يصدّق الوكيل ليس له أن يطالب الوكيل وقال بعض أصحاب الشافعي: إن شاء ضمن الوكيل، قال الشيخ أبو نصر: وهذا لا يصح لأن حقه في ذمة الغير لم يتعين بالدفع فكان له اتباع الذمة فأما الوكيل فإنما قبض مال الدافع فلا سبيل لصاحب الدين عليه اهـ إتقاني. **قوله: (ومعنى**

فحينئذٍ يرجع الغريم على الوكيل لأن الضمان موجب ويجوز في قوله: ضمنه التشديد والتخفيف فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل، **ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه منه، وصورة هذا الضمان** أن يقول الغريم للوكيل: نعم أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذ مني ثانياً ويصير ذلك ديناً عليه لأنه أخذه مني ظلماً فهل أنت كفيل عنه بما يأخذه مني ثانياً فيضمن ذلك المأخوذ فيكون صحيحاً على هذا الوجه لأنه مضاف إلى سبب الوجوب / وهو كقوله: ما غصبك [١٥ أ/٣] فلان فعليّ أو ما ذاب لك عليه فعليّ لأن ما أخذه الطالب ثانياً غصب، وأما ما أخذه الوكيل فلا يجوز أن يضمنه لأنه أمانة في يده لتصادقهما على أنه وكيل والأمانات لا تجوز بها الكفالة على ما بيناه في موضعه.

قال رحمه اللّه: (**أو لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه**) أي يضمن الغريم الوكيل في هذه الصورة أيضاً لأنه دفعه إليه على احتمال أن يكون وكيلاً ولم يرض بقبضه إلا لقضاء دينه تحصيلاً لبراءة ذمّته فإذا لم يحصل وانقطع الرجاء رجع به عليه ولا فرق في ذلك بين أن يكذبه صريحاً أو يسكت لأن عدم التصديق يشمل الصورتين **وزعمه** فيما إذا كذبه أنه قبض بغير حق وأن قبضه يوجب الضمان، وكذا إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأن الأصل عدم التصديق، **وليس له أن يستردّ المدفوع في الوجوه**

التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه منه) معناه أن يضمن الكفيل نظير المال الذي يأخذه رب الدين من المديون على تقدير أخذه منه، وليس المراد كما هو ظاهر العبارة أن الوكيل يضمن للمديون المال الذي يأخذه الوكيل من المديون لأنه سيأتي قريباً في كلام الشارح أن الكفالة بهذا المال غير صحيحة لأنه أمانة وقد مزج باكير في شرحه هكذا (**إلا إذا ضمنه عند الدفع**) بأن قال الوكيل: إن حضر الغائب وأنكر التوكيل فإني ضامن لهذا المال (**أو لم يصدقه**) الغريم (**على الوكالة ودفعه إليه**) بناء (**على ادعائه**) ففي هاتين الصورتين إن أنكر الغائب فالغريم يضمن الوكيل إن ضاع المال، أما في الأول فلأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان، وأما في الثانية فلأنه لم يصدقه في الوكالة، وإنما أدّاه رجاء إجازة الغائب فإذا لم يجزه رجع عليه اهـ ما قاله باكير. وظاهر قوله فإني ضامن لهذا المال أن عقد الضمان وقع على المال الذي قبضه الوكيل وهو غير صحيح لما تقدم أنه أمانة على أنه لا يلتئم مع قوله: أما في الأول إلخ فوجب أن يكون المراد نظير المال الذي يأخذه الغريم من المديون كما قدمنا فتنبه. **قوله**: (**وصورة هذا الضمان إلخ**) ظاهره أن هذه الصورة على معنى التخفيف وليس بظاهر فوجب أن يكون هذا على معنى التشديد كما لا يخفى اهـ قوله: (**وزعمه**) مبتدأ وخبره قوله إنه قبضه بغير حق اهـ **قوله**: (**وليس له أن يسترد المدفوع في**

كلها قبل أن يحضر الطالب لأن المؤدّى صار حقاً للطالب، أما إذا صدقه فظاهر لأنهما لا يتصادقان ظاهراً إلا على حق، وأما إذا لم يصدقه فلاحتمال أنه وكله وإن لم يوكله يحتمل الإجازة منه فلا يكون له أن يأخذه مع بقاء هذا الاحتمال، ولأن من باشر التصرف لغرض **ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس منه**، ألا ترى أنه إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الإجازة لم يملك استرداده لاحتمال أن يجيز، وكذا لو أقام الغريم البينة أنه ليس بوكيل أو على إقراره بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد، ولو أراد استحلافه على ذلك لا يستحلف لأن كل ذلك ينبني على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعياً في نقض ما أوجبه للغائب، ولو أقام الغريم البينة أن الطالب جحد الوكالة وأخذ مني المال تقبل لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على إثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع، وهو قبضه المال بنفسه منه فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في إثبات السبب فيثبت قبض الموكل فتنتقض يد الوكيل ضرورة، وجاز أن يثبت الشيء ضمناً وإن لم يثبت مقصوداً، ولو ادّعى الغريم على الطالب حين رجع عليه أنه وكل القابض وأقام على ذلك بينة تقبل بينته وتبرأ ذمته ولو أراد أن يحلفه كان له ذلك، فإن نكل برئت ذمّته، ولو طلب الغريم أن يستردّ من الوكيل ما دفعه إليه بعدما أدّى إلى الطالب بنفسه فادّى الوكيل هلاكه أو دفعه إلى الموكل حلفه على ذلك، وإن مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له وهو قائم في يد الوكيل أخذه منه في الوجوه كلها لأنه ملكه، وإن كان هالكاً ضمنه **إلا في صورة واحدة وهو ما إذا صدقه في الوكالة**، وإن أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فللوكيل أن يحلفه

الوجوه كلها) قال قاضيخان: رجل ادّعى على رجل أن فلاناً وكله بقبض دينه عليه فأنكر ودفع المال إليه على الإنكار ثم أراد أن يستردّه ليس له ذلك، وفي المنتقى له أن يستردّه اهـ وكتب على قوله: في الوجوه كلها ما نصه، وهي أربعة: حالة التصديق مع التضمين ومع عدمه وحالة التكذيب وحالة السكوت اهـ **قوله: (ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس منه)** قال الإتقاني: وذلك لأنه لا يجوز أن يسعى الإنسان في نقض ما تم من جهته لأنه عيب وهو حرام، ولهذا لم تكن الشفعة لوكيل المشتري حتى لا يلزم نقض ما تم من جهته اهـ **قوله: (إلا في صورة واحدة وهو ما إذا صدقه في الوكالة)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الوكالة في الدين: فإن ضاع المال في يده رجع به عليه الغريم لأنه قبضه بغير حق فكان مضموناً عليه إن كان كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه لأنه دفع إليه على ظنّ أنه وكيل، فإذا أخلف ذلك الظن ظهر أنه لم يكن راضياً بقبضه، وإن صدقه ولم يضمنه لم يرجع به عليه لأنه يزعم أنّ قبضه وقع حقاً فلا يستحق الرجوع عليه إلى هنا لفظ شيخ الإسلام الإسبيجابي اهـ إتقاني. أقول: وقد تلخص

بالله ما يعلم أن الطالب وكله بقبض دينه فإذا حلف لم يدفع إليه وإن نكل قضى عليه بالمال للوكيل، وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يحلفه لأن حق التحليف بناء على أنه خصم ولم يثبت بلا حجة، وجه ظاهر الرواية أنه لو أقر به لزمه فإذا أنكر يحلف.

قال رحمه الله: (ولو قال: إني وكيل بقبض الوديعة فصدّقه المودع **لم يؤمر بالدفع إليه**) لأنه أقر له بقبض مال الغير فلا يصح لما فيه من إبطال حقه في العين، بخلاف ما إذا ادّعى أنه وكيل بقبض الدين فصدّقه حيث يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بمال نفسه إذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها على ما بينا، ولو هلكت الوديعة عنده بعدما منع قيل: لايضمن، وقيل: ينبغي أن يضمن لأن المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع وهو يوجب الضمان فكذا هذا، **ولو سلم الوديعة/ إليه** [١٥ ب/٣] **فهلكت في يده وأنكر المودع** الوكالة يضمن المودع لأنه متعدّ بالتسليم إليه، وله أن يحلف المودع أنه ما وكله فإذا نكل برئت ذمّته، وإذا حلف ضمن **وليس له أن يرجع على الوكيل** لأن في زعمه أن المودع ظالم في تضمينه إياه وهو مظلوم، والمظلوم ليس له أن يظلم غيره إلا إذا ضمنه وقت الدفع له على الصفة التي ذكرنا في الدين فحينئذٍ

من هذا أن الأحوال فيما إذا ضاع المقبوض من يد الوكيل أربعة في ثلاثة منها يضمن وهي ما إذا صدقه على الوكالة وضمنه أو كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه، والحالة الرابعة لا ضمان فيها وهي ما إذا صدقه ولم يضمنه والكل مفهوم من عبارة صاحب الكنز رحمه الله، أما الأولى من أحوال الضمان فهي المراد بقوله: إلا إذا ضمنه أي مع كونه صدّقه على الوكالة، وأما الثانية والثالثة منها فداخلتان في قوله: أو لم يصدقه إلخ قال الشارح: لأن عدم التصديق يشمل الصورتين، وأما الرابعة وهي حالة عدم الضمان فهي المراد بقوله: وإن ضاع لا فتنبه. **قوله في المتن: (لم يؤمر بالدفع إليه)** وروى الحسن عن أبي يوسف أنه يجبر على الدفع اهـ غاية. **قوله: (ولو سلم الوديعة إليه فهلكت في يده وأنكر المودع إلخ)** قال الإتقاني رحمه الله: فإن كانت ضاعت في يده أي يد الوكيل فهل للمودع أن يرجع عليه فهو على وجوه أحدها أن يدفعها إليه المودع مع التصديق بلا تضمين فلا رجوع فيه، لأن في زعمه أن الوكيل محق في الأخذ ولكن الموكل ظلم في الأخذ ثانياً بالتضمين والمرء مؤاخذ بزعمه، والثاني أن يدفع بالتصديق وشرط الضمان احتياطاً من تكذيب الغائب رجع على الوكيل لأجل ضمانه، والثالث أن يدفع مع التكذيب فإذا ضمنه الغائب كان له الرجوع على الوكيل لأن في زعمه أنه أخذه بغير حق، والرابع أن يدفع بلا تصديق ولا تكذيب فإذا ضمنه الغائب كان له الرجوع أيضاً لأن الدفع كان على رجاء الإجازة من الغائب فإذا انقطع الرجاء رجع على الوكيل اهـ وهذه الأوجه تؤخذ من كلام الشارح لكني بادرت بكتابتها قبل التأمل في كلام الشارح اهـ **قوله: (وليس له أن يرجع على الوكيل)** أي فيما إذا دفعها إليه

يرجع عليه، **ولو دفع إليه من غير تصديق** له على الوكالة رجع عليه **مطلقاً** ولو كانت العين باقية أخذها في الصور كلها لأنه ملكها بأداء الضمان ولو أراد أن يستردّها منه بعدما دفعها إليه لا يملك ذلك لأنه ساع في نقض ما تم من جهته.

قال رحمه الله: (وكذا لو ادّعى الشراء وصدّقه) يعني لو ادّعى رجل شراء الوديعة وصدّقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأن إقراره على الغير غير مقبول.

قال رحمه الله: (ولو ادّعى أن المودع مات وتركها ميراثاً له وصدّقه دفع إليه) لأن ملكه قد زال بموته واتفقا أنه مال الوارث فيدفعه إليه، ولو ادّعى رجل أن صاحب المال مات ولم يدع وارثاً وأنه أوصى له بما في يد رجل من عين أو دين وصدّقه الذي في يده المال يؤمر بالتسليم إليه بعد التلوّم لأنه لما ادّعى أنه لم يترك وارثاً ينزل منزلة الوارث فيدفع إليه بعد التلوّم كما يدفع إلى الوارث بعد التلوّم لاحتمال أن يكون له وارث آخر، ولو لم يقر من في يده المال بل أنكر موته أو قال: لا أدري لا يؤمر بالتسليم إليه ما لم يقم البينة، ولو لم يقل: لم يترك وارثاً لم يكن صاحب اليد خصماً وتمامه في التحرير، ولو ادّعى أن صاحب المال مات وأوصى إليه وصدّقه ذو اليد لا يلتفت إلى تصديقه ولا يؤمر بالتسليم إليه إذا كان المال عيناً في يد المقرّ لأنه [أقرّ أنه][1] وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح، كما لو أقرّ أنه وكله حال حياته بقبض العين، وإن كان المال ديناً على المقرّ فعلى قول محمد الأول: يصدق ويؤمر بالدفع إليه لأنه إقرار على نفسه إذ القضاء في خالص ماله، كما لو ادّعى أنه وكله في حال حياته بقبض الدين وصدّقه المدين يجبر على التسليم بخلاف ما لو صدقه أنه وكيل بقبض الوديعة، وعلى قول محمد رحمه الله الأخير وهو قول أبي يوسف رحمه الله: لا يصدّق ولا يؤمر بالتسليم إليه وإن كان إقراراً على نفسه من الوجه الذي ذكر لكنه إقرار على الغائب من وجه ودعوى لبراءة نفسه بدفع المال إليه لأنه لودفع الدين إليه وتحقق موت صاحب المال برئ بالدفع إليه لصحة أمر القاضي بذلك حتى لو حضر الوارث وأنكر وصايته لا يلتفت إليه ولا له ولاية اتباع الغريم فيؤدّي إلى أن يبرأ من الدين بقوله من غير حجة، بخلاف ما لو أقر بوكالته حال حياته لأنه لو حضر رب الدين وأنكر كان له أن يتبعه بدينه لأن أمر القاضي بالدفع لم يصح في حياته ذكره في التيسير.

المودع مع التصديق بلا تضمين اهـ **قوله: (ولو دفع إليه من غير تصديق)** صادق بما إذا دفعها إليه مع التكذيب وبما إذا دفعها إليه بلا تصديق ولا تكذيب اهـ **قوله: (مطلقاً)** أي سواء

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

قال رحمه الله: (ولو وكله بقبض ماله فادَّعى الغريم أن رب المال أخذه دفع المال) أي رجل وكل رجلاً بقبض دين له على غريمه فقال الغريم للوكيل: إن رب المال أخذه مني يجبر على دفع المال إلى الوكيل أن وكالته تثبت بقوله أخذه رب المال إذ لم ينكر الوكالة، وإنما ادَّعى الإيفاء وفي ضمن دعواه إقرار بالدين وبالوكالة، وهذا لأنه لو لم يكن هو محقاً عنده في طلب الدين لما اشتغل بذلك فصار كما إذا طلب مه الدين فقال: أوفيتك فإنه يكون إقراراً بالدين فإذا كان إقراراً تثبت الوكالة في زعمه ولم يثبت الإيفاء بمجرّد دعواه فيؤمر بالدفع إليه كما لو أقرّ بالوكالة صريحاً على ما بينا، ولو طلب / الغريم تحليف الوكيل أنه لم يعلم أن الموكل استوفى منه لم [١٦ ١/٣] يحلف لأن اليمين لا تجري فيها النيابة على ما بينا من قبل **وفيه خلاف زفر** رحمه الله.

قال رحمه الله: (**واتبع رب المال واستحلفه**) أي الغريم يتبع رب المال فيستحلفه لأن قبضه يوجب براءة ذمّته، والطالب لو أقر به لزمه فيستحلف عند العجز عن إقامة البينة وقد بيناه من قبل.

قال رحمه الله: (وإن وكله بعيب في أمة وادَّعى البائع رضا المشتري **لم يرد عليه حتى يحلف المشتري**) أي وكله برد جارية بسبب عيب فيها فقال البائع: المشتري رضي بالعيب لا يرد على البائع حتى يحلف المشتري، **بخلاف مسألة الدين** لأن التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب **لأن القضاء بالفسخ نافذ ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفة** رحمه الله

ضمنه أو لم يضمنه اهـ ك **قوله**: (**وفيه خلاف زفر**) قال القدوري: في كتاب التقريب وقال زفر: أحلفه على علمه فإن أبى أن يحلف خرج من الوكالة، ولنا أن الوكيل قام مقام الموكل في الخصومة ومن قام مقام غيره لا يستحلف فيما يدعي قبله من الاستيفاء، كالوصي ولأن الغريم يدّعي الإيفاء على الموكل واليمين عليه فلم تصح النيابة فيها، وجه قول زفر أن البينة لما جاز أن تسمع على الوكيل لما فيه من إسقاط حقه في الخصومة جاز أن يستحلف لينكل فيثبت هذا المعنى وكما لو أقر سقطت خصومته اهـ غاية. **قوله في المتن**: (**واتبع رب المال واستحلفه**) فإن حلف مضى الأداء وإن تكل يتبع القابض فيستردّ ما قبض اهـ غاية. **قوله في المتن**: (**لم يردّ عليه حتى يحلف المشتري**) قال الكاكي رحمه الله: وبه قال ابن أبي ليلى، وقال الشافعي وأحمد: لا يلتفت إلى قول البائع فيرد كما في الدين ولا يمين على الوكيل إذا لم يدع البائع علمه، أما لو ادّعى علمه يحلف على العلم وبه قال زفر، وعندنا لا يحلف أيضاً اهـ **قوله**: (**بخلاف مسألة الدين**) قال الإتقاني: حيث يدفع المال إلى الوكيل بلا تأخير إلى حضور رب الدين وحلفه وفي هذه المسألة لا يردّ المبيع على البائع بل يؤخر الأمر إلى أن يحضر المشتري فيحلف أنه ما رضي بالعيب اهـ **قوله**: (**لأن القضاء**

فيصح القضاء ويلزم ولا يستحلف المشتري بعد ذلك لأنه لا يفيد إذ لا يجوز فسخ القضاء، وفي مسألة الدين ليس فيه قضاء وإنما فيه الأمر بالتسليم فإذا ظهر الخطأ فيه أمكن نزعه منه ودفعه إلى الغريم من غير نقض القضاء، ولأن حق الطالب في الدين ثابت بيقين لتحقق الموجب فلا يمتنع على الوكيل استيفاؤه ما لم يثبت الغريم ما يسقطه، ولا كذلك العيب لأنه لم يتيقن ثبوت حق المشتري في الرد لاحتمال أنه رأى العيب ورضي به وقت التسليم فيمتنع ثبوت حقه في الرد أصلاً وقالوا: عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجب أن لا يفرق بين المسألتين بل يرد فيهما للحال لأن القضاء [بالخطأ][(١)] لا ينفذ إلا ظاهراً عندهما فأمكن التدارك فيهما **وقيل: الأصح عند أبي يوسف** رحمه الله **أن يؤخر في الفصلين** لأن من مذهبه أن القاضي لا يرد بالعيب على البائع ما لم يستحلف المشتري بالله تعالى ما رضيت بهذا العيب، وإن لم يدع البائع الرضا فلا بدّ من حضور المشتري وحلفه.

قال رحمه الله: (ومن دفع إلى رجل عشرة ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده **فالعشرة [بالعشرة]**[(١)]) وهذا استحسان والقياس أن يكون متبرعاً لأنه خالف

بالفسخ نافذ) وإن ظهر الخطأ اهـ هداية. **قوله: (ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفة)** فإذا سقط البيع ظاهراً وباطناً لا يمكن إعادته بعد ذلك فلأجل هذا يؤخر الردّ إلى أن يحضر المشتري فيحلف اهـ غاية. **قوله: (وقيل: الأصح عند أي يوسف أن يؤخر في الفصلين)** نظراً للغريم والبائع اهـ غاية. قوله: للغريم أي في مسألة الدين اهـ قوله: والبائع أي في مسألة الردّ بالعيب اهـ **قوله في المتن: (فالعشرة بالعشرة)** ومعنى قوله: فالعشرة بالعشرة أي تكون العشرة التي حبسها عنده له بالعشرة التي أنفقها من خالص ماله، ولا يكون متبرعاً بالعشرة التي أنفقها ولا تردّ العشرة المحبوسة على الموكل ولم يذكر محمد في الأصل مسألة الإنفاق بل ذكر مسألة قضاء الدين فقال في كتاب الوكالة: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم فقال: ادفعها إلى فلان قضاء عليّ فدفع الوكيل غيرها واحتبس الألف عنده كان القياس أن يدفع التي حبسها إلى الموكل ويكون متطوعاً في التي دفع ولكني أدع القياس وأستحسن أن أجيزه إلى هنا لفظ الأصل، ولم يذكر محمد القياس والاستحسان في الجامع الصغير، وقالوا: في شروحه هذا الذي ذكره استحسان والقياس أن يردّها على الموكل إن كانت قائمة ويضمن إن كان استهلكها وهو قول زفر وجه القياس أن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة، وإن كانتا لا يتعينان في عقود المعاوضات، وعندنا حتى لو هلكت الدراهم قبل الإنفاق أو قبل الشراء بها في التوكيل بالشراء بطلت الوكالة فإذا أنفق عشرة من عنده كان متبرعاً فلا يكون له أن يرجع على الموكل، ولأنه خالف الأمر فيردّ مال الموكل

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

أمره **فنرد العشرة على الموكل** وجه الاستحسان أن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء لأن الإنفاق لا يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلاً بالشراء، والوكيل بالشراء يملك النقد من مال نفسه **ثم يرجع به على الآمر**، وهذا لأنه لا يستصحب دراهم الآمر في كل مكان وينفق له ما أمره به من غير قصد فيشتريه له **ويحتاج إلى النقد من مال نفسه** فلم يجعل متبرعاً تحقيقاً لغرض الآمر ونفياً للحرج عن المأمور، وقيل: القياس والاستحسان في قضاء الدين **لأنه ليس في معنى الشراء** ففي القياس يكون متبرعاً لأن أمره كان مقيداً بالمال المدفوع إليه، ففي دفع مال آخر هو كالأجنبي فيكون متبرعاً في القضاء من مال نفسه ويرد على المطلوب ما أخذه منه لأنه ملكه، وقد كان عينه

لأن الموكل أمره بأن ينفق من مال الدافع لا من مال نفسه فلما أنفق من مال نفسه خالف وكان متطوّعاً اهـ إتقاني. وكتب أيضاً ما نصه قال قاضيخان في فتاواه: رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم وأمره أن يتصدق بها فانفق الوكيل ثم تصدق عن الآمر بعشرة من ماله لا يجوز ويكون ضامناً للعشرة، ولو كانت الدراهم قائمة فأمسكها الوكيل وتصدق من عنده بعشرة جاز استحساناً وتكون العشرة له بعشرته، ولو دفع رجل ديناراً إلى رجل وأمره أن يبيعه فباع المأمور ديناراً من عند نفسه وأمسك ديناراً لآمر لنفسه قال أبو يوسف: لا يجوز، ولو دفع إلى رجل ديناراً ليشتري به ثوباً فاشترى بدينار من عند نفسه جاز شراؤه للآمر ويكون الدينار له، وكذا لو دفع إلى رجل ديناراً ليقضي غريماً له فقضاه من مال نفسه وأمسك الدينار لنفسه جاز اهـ **قوله**: (**فيردّ العشرة على الموكل**) أي إن كانت قائمة، ويضمن إن كان استهلكها وهو قول زفر اهـ غاية. **قوله**: (**ثم يرجع به على الآمر**) وإذا ظفر بجنس حقه من مال الآمر كان له أن يأخذه اهـ غاية. قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم فقال: ادفعها إلى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبسها عنده كان القياس أن يدفع الألف التي احتبس إلى الموكل ويكون متطوّعاً فيما دفعه لأنه لم يأمره بالدفع من مال نفسه فيكون متطوعاً وقد بطلت جهة قضاء الدين فيلزمه الردّ إلى المالك ولكني أستحسن أن أجيزه لأن المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء إذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له اهـ إتقاني. **قوله**: (**ويحتاج إلى النقد من مال نفسه إلخ**) فكان من طريق الدلالة كأن الموكل أمره بأن ينفق من مال نفسه فإذا كان كذلك كان له حق الرجوع على الموكل ولم يكن متطوعاً فيما فعل كالوصيّ إذا قضى دين الميت إما لنفسه أو الوارث قضى دين الميت بغير إذن الورثة من مال نفسه لا يكون متطوّعاً فكذلك هاهنا قالوا في شروح الجامع من المشايخ من قال مسألة كتاب الوكالة في قضاء الدين، وليس في قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد في كتاب الوكالة اهـ إتقاني. **قوله**:(**لأنه ليس في معنى الشراء**) أما الإنفاق شراء فلم يختلف فيه وجها القياس

لجهة، وقد استغنى عنه وجه الاستحسان أن مقصود الآمر تحصيل البراءة وقد حصلت، ولا فرق في ذلك بين المالين فلم يكن التقييد مفيداً فلا يعتبر ولأن الوكيل قد يبتلى بوجود الطالب في موضع ليس معه مال الموكل فيحتاج إلى أن يدفع مثله من مال نفسه ليأخذ بدله من مال الآمر فكان هذا توكيلاً بالمبادلة من وجه وهذا القدر من المبادلة يكفي لصحة الرجوع عليه والله تعالى أعلم.

باب عزل الوكيل

اعلم أن للموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شاء لأنها حقه فيملك إبطالها **إلا إذا تعلق بها حق الغير بأن وكله بالخصومة** بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب، **فإن الموكل لا يملك عزله** في هذه الحالة لأنه إنما خلى سبيله اعتماداً على أنه يتمكن من إثبات حقه / [١٦ ب/٣] متى شاء فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب لما فيه من إبطال حقه فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن، بخلاف ما إذا كان المطلوب حاضراً أو كانت الوكالة من غير التماس الطالب، **أو كانت من جهته** لتمكنه من

والاستحسان بل صح ذلك قياساً واستحساناً حتى رجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياساً واستحساناً اهـ غاية.

باب عزل الوكيل

أخر العزل عن الوكالة لما أنه يقتضي سبق ثبوتها فناسب ذكره آخراً اهـ غاية. **قوله:** **(إلا إذا تعلق بها حق الغير بأن وكله بالخصومة)** أي وكل المدعى عليه وكيلاً بالخصومة مع المدعي بالتماس المدعى اهـ **قوله:** **(فإن الموكل لا يملك عزله)** أي بلا رضا الخصم لئلا يلزم إبطال حق الغير قال شيخ الإسلام علي بن محمد علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: وإذا وكله بالخصومة فله أن يعزله متى شاء لأن التوكيل استنابة فإذا عزله فقد تبين أنه استغنى عنه فيملك ذلك إلا في خصلة واحدة وهو أن يكون الخصم قد أخذه حتى جعل له وكيلاً في الخصومة، فلا يكون له أن يخرجه إلا بمحضر من الخصم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وصورته أن يقول: إني أخاف أن تغيب فوكل وكيلاً إن غبت أخاصمه فيقضى لي عليه فقد تعلق بها حق الطالب فلا يمكن إبطالها إلا بعلمه إلى هنا لفظ شيخ الإسلام رحمه الله، وقال الإمام محمد بن أحمد الإسبيجابي في شرح الطحاوي: وللموكل أن يعزل وكليه متى شاء ويكون بعزله إياه خارجاً عن وكالته، وهذا إذا لم يتعلق بوكالته حق الغير، فأما إذا تعلق بوكالته حق الغير فلا يملك الموكل عزله بغير رضاً من له الحق كما لو رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه عند رجل عدل وجعل

الخصومة مع المطلوب في الوجه الأوّل ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني إذ هو لم يطلب، وفي الوجه الثالث العزل إلى الطالب وهو صاحب الحق فله أن يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله أن يترك الخصومة بالكلية، وعلى هذا قال بعض المشايخ: إذا وكل الزوج وكيلاً بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشيء بل له عزله في الصحيح لأن المرأة لاحق لها في الطلاق، **وعلى هذا قالوا: لو قال الموكل للوكيل:** كلما عزلتك فأنت وكيلي لا يملك عزله لأنه كلما عزله تجددت الوكالة له، وقيل: ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول. وقال صاحب النهاية: عندي أنه يملك عزله بأن يقول: عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك إلى المعلق والمنفذ لأنا لو لم نجوّز ذلك أدّى ذلك إلى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من العقود اللازمة، وكلاهما ليس بشيء لأن في الأول عزله وتوكيله من غير فصل بينهما دائماً لا إلى نهاية وليس فيه وكالة تنفع ولا عزل يمنع وليس في الثاني ما يبطل الوكالة المعلقة لأن عزله لا يتناول إلا الموجودة، إذ لا يتصوّر عزل الوكيل قبل الوكالة كما لا يتصوّر عزل القاضي أو السلطان قبل التولية، ولكن الصحيح إذا أراد عزله وأراد أن لا تنعقد الوكالة بعد العزل أن يقول: رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لأن ما لا يكون لازماً يصح الرجوع عنه والوكالة منه.

المرتهن أو العدل مسلطاً على بيعه عند محل الأجل ثم عزل الراهن المسلط على البيع فإنه لا يصح عزل المدعي، وكذلك لو وكل المدعى عليه وكيلاً بالخصومة مع المدعي بالتماس المدعى ثم عزل المدعى عليه بغير حضرة المدعي فلا ينعزل لأنه تعلق بهذه الوكالة حق الغير اهـ إتقاني. **قوله: (أو كانت من جهته)** أي بأن وكل الطالب رجلاً بالخصومة فله عزله عند غيبة المطلوب اهـ **قوله: (وعلى هذا قالوا: لو قال الموكل: للوكيل إلخ)** قال قاضيخان رحمه ا للّه في فصل الوقف على القرابات ما نصه: وقد اختلف نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة في الرجل إذا وكل وكيلاً على أنه متى أخرجه عن الوكالة فهو وكيله قال نصير: تجوز هذه الوكالة بهذا الشرط وقال محمد بن سلمة: لا تجوز وإنما اختلفا لاختلاف تفسير هذا الشرط فمحمد بن سلمة فهم من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله بهذه الوكالة، وهذا مخالف للشرع لأن حكم الوكالة في الشرع أن لا تكون لازمة ويرد عليها العزل ونصير فهم من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله وكالة مستقبلة، ولو صرح بذلك كان جائزاً قال الفقيه أبو جعفر: لو صرح بذلك إنما تجوز الوكالة في غير الوقف، أما في الوقف وإن صرح بذلك فإنا نبطله صيانة للوقف عن البطلان ثم غير الوقف إذا جازت الوكالة بهذا الشرط، فإن أراد أن يخرجه عن الوكالة ينبغي أن يقول: رجعت عن قولي متى أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيلي فيصح رجوعه

قال رحمه اللّه: (**وتبطل الوكالة بالعزل إذا علم به الوكيل**) وقال الشافعي رحمه اللّه: ينعزل بعزله وإن لم يبلغه العزل لأنه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق وكالعزل الحكمي مثل الموت والجنون، ولنا أن العزل خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع حتى إذا بدل بالنسخ لايثبت حكم النسخ حتى يبلغ المَكلف، ولأن في انعزاله إضراراً به **لأنه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه** فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعاً **بخلاف الإعتاق والطلاق والعزل الحكمي** لأن العزل فيه حكمي لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم **ويستوي في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره**، والرسول ينعزل قبل العلم به حتى إذا أرسله في البيع أو غيره فعزله قبل التبليغ انعزل لأنه مبلغ عبارة المرسل وناقل لها فيكون عزله رجوعاً عن الإيجاب وله ذلك قبل القبول، كما إذا كان المشتري أوجبه بنفسه بخلاف الوكيل فإنه يعقد بعبارة من عنده وإن كانت الحقوق لا ترجع إليه بأن كان سفيراً ومعبراً كما في النكاح وأمثاله وليس بناقل عبارة المرسل فلا يعتبر التوكيل فيه إيجاباً، وإنما الإيجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه لأنه صار أصيلاً في حق العبارة وإن لم يكن أصيلاً في حق الحقوق، والرسول ليس بأصيل في شيء ما فافترقا وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المبلغ غير مرة فلا نعيده، **وكذا لو عزل الوكيل نفسه** عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة ولو جحد الموكل الوكالة فقال: لم أوكله لم يكن ذلك عزلاً.

عن الوكالة المعلقة ثم يقول: أخرجتك عن الوكالة اهـ **قوله في المتن**: (**وتبطل الوكالة بالعزل إذا علم به الوكيل**) قال في المتن في آخر مسائل شتى قبيل كتاب الشهادة: ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه ولا يثبت عزله إلا بعدل أو مستورين اهـ **قوله**: (**لأنه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه**) أي بيعاً أو شراء فتنصرف حقوق العقد إليه من نقد الثمن من مال الموكل، و إذا كان وكيلاً بالشراء ومن تسليم المبيع إذا كان وكيلاً بالبيع ثم إذا عقد أو سلم يضمن ما تصرف لأنه فعله بعد العزل اهـ إتقاني. **قوله**: (**بخلاف الطلاق والعتاق والعزل الحكمي**) قال الإتقاني: بخلاف العزل الحكمي فإنه كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً اهـ غاية. **قوله**: (**ويستوي في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره**) يعني العزل قبل العلم لا يصح أصلاً والوكيل بالنكاح وغيره في ذلك سواء اهـ **قوله**: (**وكذا لو عزل الوكيل نفسه إلخ**) قال في الخلاصة في الوكالة في الجنس الذي عقده للعزل: وفي النوازل لو قال الموكل للوكيل: رد عليّ الوكالة فقال: رددت الوكالة ينعزل، وكذا لو لم يقل الموكل رد عليّ الوكالة ولكن الوكيل قال: ردّدت الوكالة وعلم الموكل ينعزل اهـ قلت: واستفدنا من هذا أن الوكيل إذا عزل نفسه في غيبة الموكل فهو على وكالته حتى يعلم الموكل فإذا علم

قال رحمه الله: (**وموت أحدهما وجنونه مطبقاً** ولحوقه مرتداً) يعني تبطل بهذه الأشياء أيضاً لأن الوكالة/ عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط لقيام الأمر في كل ساعة ما يشترط للابتداء، وشرط في الجنون أن يكون مطبقاً أي مستوعباً من قولهم: أطبق الغيم السماء أي استوعبها لأن كثيره كالموت وقليله كالإغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف رحمه الله لأنه يسقط به الصوم، وعنه أكثر من يوم وليلة لأنه يسقط به الصلوات وعند محمد رحمه الله حول كامل وهو الصحيح، لأنه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة لأن استمراره حولاً مع اختلاف فصوله آية استحكامه، أما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون في معنى الموت، والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتداً أن يحكم الحاكم بلحاقه لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم فإذا حكم به بطلت الوكالة بالإجماع، وأما قبل ذلك فموقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله لأن تصرفاته موقوفة عنده فكذا وكالته، فإن أسلم نفذت، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت، وأما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته هذا إذا كانت الوكالة غير لازمة، **وإن كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض**، كما إذا كانت الوكالة [١٧/١ ٣]

انعزل وهو حينئذٍ نظير ما إذا عزله الموكل فإنه يبقى على الوكالة حتى يبلغه خبر العزل اهـ قال في الذخيرة في الفصل الثاني في ردّ الوكالة ما نصه: وكذلك الوكيل إذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة اهـ **قوله في المتن: (وموت أحدهما وجنونه مطبقاً)** بسكون الطاء وكسر الباء أي دائم ومنه تسمية الأطباء الحمى الدموية اللازمة بالمطبقة اهـ إتقاني. قال النووي رحمه الله في تحرير التنبيه: المجنون المطبق بفتح الباء أي الذي أطبق جنونه ودام متصلاً ومنه قول العرب: الحمى المطبقة بفتح الباء وهي الدائمة اهـ **قوله: (وإن كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض)** أي الموت والجنون واللحاق بدار الحرب مرتداً اهـ قال في التتمة والفتاوى الصغرى: وهذا كله في موضع يملك الموكل عزله، أما في موضع لا يملك الموكل عزله كالعدل في باب الرهن والأمر باليد للمرأة فإنه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحساناً ولا ينعزل قياساً، وقال شيخ الإسلام علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد الإسبيجابي في أوائل كتاب الوكالة من شرح الكافي: وإذا وكل الرجل وكيلاً في خصومة أو بيع أو شراء شيء كان له أن يخرجه من الوكالة، لأن التوكيل صح لحق الموكل فكان له إبطاله فإن لم يخرجه حتى ذهب عقل الموكل زماناً دائماً فقد خرج الوكيل من الوكالة لأن بقاء النيابة يستدعي بقاء أهلية المنوب عنه فقد بطلت، وهذا في شيء يقبل العزل فأما في شيء لا يمكنه عزله فلا يبطل مثل الأمر باليد وما أشبهه لأن هذا تصرف لازم لا يحتاج إلى التجديد فلا يشترط بقاء

مشروطة في عقد الرهن، وكذا إذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل أمرها لأنه قد ملكها التصرف فصر كتمليك العين، وإن كانت الوكالة بالنكاح تبطل بالردّة لأنه بالردّة خرج من أن يكون مالكاً للنكاح بنفسه فتبطل الوكالة به أيضاً، ثم لا تعود بالإسلام ذكره في النهاية وعزاه إلى المبسوط، ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها ما لم تلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقها، وكذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها أيضاً لأنها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها **وردّتها لا تؤثر في عقودها** إلا إذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت والعياذ باللّه، فإن ذلك باطل لأنها لا تملك أن تتزوّج بنفسها فكذا لا يزوّجها وكيلها ولو وكلت وكيلاً في حال ردّتها فزوّجها بعدما أسلمت صح كالمعتدة إذا وكلت وكيلاً بأن يزوّجها فزوّجها بعد انقضاء عدتها، بخلاف ما إذا وكلته قبل ارتدادها ثم ارتدت وأسلمت حيث لا يجوز أن يزوّجها لأن ارتدادها إخراج له عن الوكالة فصار معزولاً من جهتها، ولا تعود الوكالة بعد العزل، وإن عاد المرتد مسلماً بعد اللحاق بدار الحرب، فإن كان وكيلاً فهو على وكالته عند محمد رحمه اللّه، **ولا يعود وكيلاً عند أبي يوسف** رحمه اللّه لأن قضاء القاضي بلحاقه بمنزلة موته، ولهذا لا يعود ملكه في مدبريه وأمهات أولاده ويعتقن به كما يعتقن بالموت، وهذا لأن التوكيل إثبات ولاية التنفيذ لأن أصل التصرف يملكه بأهليته، وولاية التنفيذ بالملك **وباللحاق لحق بالأموات** فلا ملك ولا أهلية له، **وجه قول محمد** رحمه

الأهلية بخلاف التصرف الجائز، لأنه يتلاشى في كل ساعة فاعتبر بقاؤه أهلاً اهـ إتقاني. قال قاضيخان في فتاواه: رجل وكل رجلاً بالخصومة فطلب خصمه ثم جن الموكل أو مات بطلت الوكالة والراهن إذا سلط العدل على البيع ثم جن ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه لا ينعزل العدل اهـ **قوله**: (**وردّتها لا تؤثر في عقودها**) لأن المرتدة لا تقتل عندنا لأن علة القتل الحراب ولم يوجد لأنه ليس لها بنية صالحة للحراب اهـ غاية. **قوله**: (**ولا يعود وكيلاً عند أبي يوسف**) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي في أول الباب من كتاب الوكالة: ثم قدّر مدة اللحاق بأقل من سنة قال: إن بقي أقل من سنة ثم عاد تعود الوكالة لأنا أبقيناها على احتمال أن يعود فأما إذا بقي أكثر من سنة ثم عاد لا تعود الوكالة لأن احتمال العود قد بطل بالحول ظاهراً وغالباً فصار كالجنون إذا كان أقل من سنة لا تبطل الوكالة، وإذا استوعب السنة تبطل إلى هنا لفظه رحمه اللّه في شرح الكافي اهـ غاية. **قوله**: (**وباللحاق لحق بالأموات إلخ**) والوكالة لا تبقى بعد الموت فبطل والباطل لا يعود بخلاف أملاكه فإنها قائمة بعد الموت فجاز أن تعود ولأن اللحاق يمنع ابتداء الوكالة فإذا طرأ عليها أبطلها كالجنون اهـ غاية. **قوله**: (**وجه قول محمد**) أي وجه قول محمد: أن عدم نفاذ تصرف الوكيل في دار الحرب لا باعتبار أنه انعزل بل لاعتبار أن الأمر لم يتناول تلك البقعة

الله أن الوكيل يتصرف بمعان قائمة به والعجز بعارض اللحاق لتباين الدارين والتوكيل إطلاق، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلاً لبقاء تلك المعاني وهو العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة وهذا لأن صحة الوكالة لحق الموكل وحقه باق بعد لحاقه بدار الحرب، وإنما عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فلا ينعزل به عن الوكالة، فإذا زال صار كأن لم يكن فبقي الوكيل على وكالته بمنزلة ما لو أغمي عليه زماناً ثم أفاق، **وإن كان العائد مسلماً هو الموكل لا تعود الوكالة في** الظاهر، وعن محمد أنها تعود كما قال في الوكيل لأنه إذا عاد عاد ملكه عليه مثل ما كان وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته **والفرق** له على الظاهر أن الوكالة تعلقت بملك الموكل، وقد زال / ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على [١٧ ب/٣] البتات بخلاف ردة الوكيل فإن ملك الموكل باق على حاله وقد تعلقت الوكالة به، وإنما انقطع تصرفه لعجزه وقد زال فتعود الوكالة كما كانت.

قال رحمه الله: (وافتراق الشريكين) أي **تبطل الوكالة بافتراق الشريكين** وإن لم يعلم الوكيل به لأنه عزل حكمي والعزل الحكمي لا يشترط فيه العلم، ثم هذا الكلام يحتمل وجهين أحدهما أن ينعزل كل واحد منهما عن الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فينعزل بالافتراق عن هذه الوكالة التي تضمنها عقد الشركة، لأنها كانت ثابتة في ضمن الشركة فتبطل ببطلانها إذا لم يكن مصرحاً بها وفيه إشكال من حيث أنه لايصح أن ينفرد أحدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لأنه عزل قصدي فكيف يتصوّر أن ينعزل بدون علمه، ويمكن أن يحمل على ما إذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء فإن الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علما بذلك أو لم يعلما لأنه عزل حكمي إذا لم تكن الوكالة مصرحاً بها عند عقد الشركة على ما بينا في كتاب الوكالة، والثاني أن أحد الشريكين أو كليهما لو وكل من يتصرف في المال جاز على ما عرف، فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما إذا لم يصرحا بالإذن في التوكيل.

كمن قال لغيره: بع ثوبي ببغداد فأخرجه منها لم يجز بيعه فإذا عاد جاز بيعه فكذلك هاهنا اهـ غاية. **قوله: (وإن كان العائد مسلماً هو الموكل لا تعود الوكالة)** بالاتفاق وهذا هو المشهور اهـ غاية. **قوله: (والفرق إلخ)** كما قالوا فيمن وكل رجلاً ببيع عبده ثم باعه الموكل انعزل الوكيل فإذا ردّ على الموكل بعيب بقضاء عادت الوكالة، لأن الملك الأول عاد فعاد حقوقه اهـ غاية. **قوله: (تبطل الوكالة بافتراق الشريكين)** يعني أحد شريكي العنان أو المفاوضة.

قال رحمه الله: (وعجز موكله لو مكاتباً وحجره لو مأذوناً) معناه لو كان الموكل مكاتباً أو عبداً مأذوناً له [في التجارة][(١)] ينعزل الوكيل بعجز المكاتب وحجر العبد علم بذلك أو لم يعلم، لأن بقاء الوكالة معتبر بابتدائها لكونها غيرلازمة لأن العقود التي لا تلزم لبقائها حكم الابتداء فيشترط في حالة البقاء قيام الأمر كما في الابتداء وقد بطل بالعجز والحجر فتبطل الوكالة ويستوي فيه علم الوكيل وجهله، لأن البطلان حكمي كما إذا تصرف الموكل في الشيء الذي وكل فيه هذا إذا كان وكيلاً في العقود والخصومات، وأما الوكيل في قضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل بعجز المكاتب ولا بحجر المأذون له، لأن العجز أو الحجر يوجب الحجر عليه من إنشاء التصرف فيخرج وكيله عن الوكالة ولا يوجب الحجر عليه من قضاء الدين واقتضائه فكذا لا يوجب عزل وكيله عن ذلك، فإن كوتب بعد ذلك أو أذن للمحجور عليه لم تعد الوكالة التي بطلت لأن صحتها كانت باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل، وقد زال ذلك بالعجز والحجر بعد الوكالة فلم يعد بالكتابة الثانية والإذن الثاني، ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون له لا ينعزل لأن ذلك حجر خاص والإذن في التجارة لا يكون إلا عاماً فكان باطلاً، ألا ترى أن المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الإذن فكذا لا ينفذ فعله الحكمي فيه.

قال رحمه الله: (وتصرفه بنفسه) أي تبطل الوكالة بتصرف الموكل بنفسه فيما وكله به لفوات المحل والمراد بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال به مثل أن يوكله ببيع عبد ثم يبيعه الموكل بنفسه أو يدبره أو يكاتبه، وإن لم يعجزه عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا أصله حتى لو وكله بطلاق امرأته فطلقها هو ثلاثاً أو واحدة فانقضت عدتها بطلت الوكالة لعجزه عن الامتثال، ولو تزوّجها بعد ذلك ليس للوكيل [أن يطلقها لتحقق عجز الموكل عن الإيقاع بانقضاء العدة فكذا الوكيل][(١)] وإنما تمكن من الإيقاع بعده بسبب جديد ولم يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها واحدة ولم تنقض عدتها **فللوكيل/ أن يطلقها أخرى لبقاء المحل**، ولو وكله [١٨ أ/٣] بتزويج امرأة فتزوّجها بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل أن يزوّجه إياها لأن الحاجة قد انقضت بخلاف ما إذا تزوّجها الوكيل بنفسه ثم أبانها **حيث يجوز له أن يزوّجها من الموكل لبقاء الحاجة**، ولو وكله بطلاق امرأته ثم ارتد الزوج فطلاق الوكيل يقع عليها

قوله: (فللوكيل أن يطلقها أخرى لبقاء المحل) بخلاف ما إذا طلقها بنفسه ثلاثاً حيث لا يكون للوكيل أن يطلقها بعد ذلك لا في العدة ولا بعدها اهـ إتقاني. **قوله: (حيث يجوز له**

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

ما دامت في العدة لبقاء تمكن الزوج من الإيقاع، وإن لحق بدار الحرب فذلك بمنزلة موته، وولو وكله بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج الوكيل من الوكالة لأن الخلع بعد الخلع لا يصح فتعذر التصرف على الوكيل بخلاف ما إذا وكله أن يطلقها ثم خالعها الزوج حيث يقع عليها طلاق الوكيل ما دامت في العدة، لأن طلاق الزوج يقع عليها في هذه الحالة فيبقى الوكيل على وكالته، والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادراً على الإيقاع كان وكيله أيضاً قادراً على الإيقاع فتبقى الوكالة على حالها وما لا فلا، **ولو وكله ببيع شيء فباعه الموكل ثم ردّ عليه بما يكون فسخاً كخيار رؤية** أو خيار شرط أو عيب بقضاء أو لفساد بيع فالوكيل باق على وكالته، لأن ملكه القديم قد عاد إليه بالفسخ فتعود الوكالة، وإن ردّ عليه بما لا يكون فسخاً كالردّ بعيب بغير قضاء أو إقالة لا تعود الوكالة لأنه بيع في حق ثالث والوكيل ثالثهما، والوكالة تعلقت بالملك الأول وهذا ملك جديد بخلاف ما إذا ردّ عليه بما يكون فسخاً، ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسخاً فله أن يبيعه ثانياً، كما إذا كان البائع هو الموكل فرده عليه بذلك، ولو وكله بهبة شيء فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل أن يهبة لأن الواهب مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب إلى الهبة، ولو وهبه الوكيل فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل أن يهبه ثانياً لما ذكرنا، قال محمد رحمه اللّه: لا تشبه الهبة البيع لأن الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة المبيع لأن الوكيل بالبيع بعدما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة، فإذا فسخ البيع والوكالة قائمة جاز له أن يبيع ثانياً بحكمها، أما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع، ولا يصح تسليمه فإذا رجع في هبته فقد عاد إليه العبد ولا هبة ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانياً، ولو وكله ببيع عبده فأسره العدّو وأدخلوه في دارهم ثم رجع إلى الموكل بملك جديد بأن اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو أخذه من المشتري منهم بالثمن أو بالقيمة ممن وقع في سهمه من الغانمين فهو على وكالته لأنه بالأخذ بهذا الطريق عاد إلى قديم ملكه، وقد كانت الوكالة متعلقة به فإذا عاد عادت الوكالة ولو وكله بإعتاق أمته فأعتقها الموكل ثم ارتدت والعياذ باللّه ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وملكها لا تعود الوكالة، لأنه

أن يزوجها من الموكل لبقاء الحاجة) ولو ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وأسلمت فزوجها إياه الوكيل جاز في قياس قول أبي حنيفة، ولم يجز في قول أبي يوسف ومحمد لأنها صارت أمة، ونكاح الأمة ليس بمعهود وغير المعهود خارج عن مراد المتكلم عندهما اهـ غاية. **قوله: (ولو وكله ببيع شيء فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخاً كخيار رؤية إلخ)** قال في القنية في مسائل متفرقة من كتاب الوكالة: وكله بأن يؤاجر داره ثم آجرها الموكل

ملك جديد غير الأول بسبب جديد، **ولو وكله بأن يزوجه امرأة معينة** وهي ذات زوج فمات زوجها أو طلقها وانقضت عدّتها **جاز للوكيل أن يزوّجها من الموكل**، لأن هذه وكالة مضافة لانعدام المحل وقت التوكيل وهي جائزة، ولو وكله أن يزوّجه امرأة معينة فارتدت والعياذ بالله ثم أسرت وأسلمت جاز للوكيل أن يزوّجه إياها عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما بناء على أن تسمية/ المرأة مطلقاً تنصرف إلى الحرة [١٨ ب/٣] عندهما ولا تنصرف عنده بل له أن يزوّجه الأمة، ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل أو آجره فسلمه فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يخرج عن الوكالة والله أعلم.

بنفسه ثم انفسخت الإجارة يعود على وكالته اهـ **قوله: (ولو وكله بأن يزوجه امرأة معينة إلخ)** قال في القنية في باب الوكالة في الطلاق والنكاح بعد أن رقم لشرح السرخسي: لها زوج فوكلت رجلاً بأن يزوجها من نفسه فلما طلقها وانقضت عدتها زوّجها الوكيل من نفسه جاز قلت: فقد صح توكيلها به مع عجزها عنه وقت التوكيل اهـ **قوله: (جاز للوكيل أن يزوجها من الموكل)** لأنه أمره بإنكاحها إياه هو متصوّر بواسطة الموت وانقضاء العدة فانصرف التوكيل إليه وصار كأنه نص على إضافة التوكيل إلى تلك الحالة، والوكالات مما تقبل التعليق والإضافة إلى زمان في المستقبل اهـ غاية.

كتاب الدعوى

قال رحمه اللّه: (**هي إضافة الشيء** إلى نفسه حالة المنازعة) أي الدعوى أن يدعو الشيء إلى نفسه في حالة الخصومة وهذا في الشريعة، **ولهذا** قال عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» لأن كل واحد من البينة واليمين يحتاج إليه عند إضافة الشيء إلى نفسه إذا كان ثَمَّ منازع، وهي في اللغة عبارة عن إضافة الشيء إلى نفسه مطلقاً من غير تقييد بمنازعة أو مسالمة مأخوذ من قولهم ادّعى فلان شيئاً إذا أضافه إلى نفسه إذا قال لي، ومنه دعوة النسب بالكسر والدعوة بالفتح في المأدبة، وقيل: الدعوى في اللغة قول **يقصد به الإنسان إيجاب** الشيء على الغير إلا أن اسم المدعي يتناول من لا حجة له في العرف، ولا يتناول من له حجة فإن القاضي يسميه مدعياً قبل إقامة البينة، وبعدها يسميه محقاً لا مدّعياً، ويقال لمسيلمة الكذاب لعنه اللّه مدعي النبوة لأنه عجز عن إثباتها ولا يقال: للرسول ﷺ مدعي النبوّة لأنه قد أثبتها بالمعجزة، والدعوى اسم وليس بمصدر والفعل ادعى افتعل والمصدر ادعاء افتعال، وألف دعوى للتأنيث فلا ينوّن وجمعها دعاوى **بفتح الواو ولا غير** كفتوى وفتاوى، واسم الفاعل مدّع والمفعول مدّعى عليه والمال مدّعى والمدّعى به خطأ، ثم شرط جواز الدعوى أن تكون في مجلس القاضي، ولا تصح في غير مجلسه حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابه، وأن يكون الخصم حاضراً حتى لو ادَّعى على غائب لإيجاب، وأن يكون المدّعى شيئاً معلوماً ليمكن إثباته بالبينة، ويتمكن القاضي من الحكم به حتى لا يجب الجواب على المدّعى عليه إذا كان المدّعى مجهولاً، وحكمهما وجوب الجواب على الخصم إذا صحت ويترتب

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة من أنواع الوكالات وهي سبب داعٍ إلى الدعوى والخصومة ناسب ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لأن المسبب يقتضي سابقية السبب اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**هي إضافة الشيء إلخ**) هذا ركنها لأن ركن الشيء ما يقوم به الشيء، والدعوى إنما تقوم بإضافة المدعي إلى نفسه فكان ركناً اهـ **قوله**: (**ولهذا**) أي ولأجل أن الدعوى لا تكون إلا حال المنازعة لا حال المسالمة اهـ **قوله**: (**يقصد به الإنسان إيجاب إلخ**) لأنه يضيفه إلى نفسه فيقول: إنني اهـ غاية. **قوله**: (**بفتح الواو لا غير**) هكذا قال

على صحتها وجوب إحضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا أو **نعم**، وإقامة البينة واليمين إذا أنكر.

قال رحمه الله: (**والمدّعي إذا ترك** ترك والمدعى عليه بخلافه) أي لا يترك إذا ترك بل يجبر هذا لمعرفة الفرق بينهما وهي من أهم ما ينبني عليه مسائل الدعوى، وقد اختلفت عبارات المشايخ في حدّه، فمنها ما ذكر هنا وهو حدّ صحيح لكونه جامعاً للمحدود مانعاً من دخول غيره فيه، وقيل: المدّعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج والمدّعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل: المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر، وقيل: المدعي من يشتمل كلامه على الإثبات فلا يصير خصماً بالتكلم في النفي فإن الخارج لو قال لذي اليد هذا الشيء ليس لك لا يكون خصماً ومدعياً ما لم يقل: هو لي والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي فيكتفى به منه، فإن ذا اليد لو قال: ليس هذا لك كان خصماً بهذا القدر، وقوله: هو لي فضلة في الكلام غير محتاج إليه، وقيل كل من يشهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدّع، وكل من يشهد بما في يد نفسه لنفسه فهو منكر ومدّعى عليه وكل من يشهد بما في يده غيره لغيره فهو شاهد، وكل من يشهد بما في يد نفسه لغيره فهو مقرّ، وقال محمد رحمه الله: في الأصل المدعى عليه هو/ المنكر والآخر هو المدّعي، وهذا صحيح غير أن التمييز بينهما يحتاج إلى فقه [١٩ ١/٣] وحدّة ذكاء إذ العبرة للمعنى دون الصورة فإنه قد يوجد الكلام من شخص في صورة الدعوى، وهو إنكار في المعنى **كالمودع** إذا ادّعى ردّ الوديعة فإنه مدّع للردّ صورة **وهو منكر للوجوب** معنى فيحلفه أنه لا يلزمه ردّه ولا ضمانه ولا يحلفه على أنه ردّها لأن اليمين تكون على النفي ليتحقق الإنكار، لأنه ينكر الوجوب عليه والأصل براءة الذمة فكان القول له، ولا يرد على هذا المدين إذا ادّعى قضاء الدين أو إبراء الطالب فإن القول للطالب مع أنه يدعي شغل ذمته والمدين البراءة لأنا نقول: لما اتفقا على وجوب الدين صار الشغل هو الأصل والمدين بدعواه الإيفاء أو الإبراء صار مدعياً

في الكافي اهـ **قوله**: (**أو نعم**) أي: فإذا أجاب بنعم يجب ما ادعاه المدعي بإقرار المدعى عليه، وإن قال: لا يقول القاضي للمدعي: ألك بينة، فإن قال: لا يقول لك يمينه فإن طلب المدعي يمينه استحلفه فإن حلف برئ عن الدعوى، وإن نكل لزمه الدعوى اهـ غاية. **قوله في المتن**: (**والمدعي من إذا ترك إلخ**) قال الإتقاني: وقال بعضهم: صورة ذلك هو أنه إذا ترك دعواه ترك والمنكر هو الذي إذا ترك دعواه لا يترك اهـ **قوله**: (**كالمودع إلخ**) سيأتي قبيل قوله: ولو افتدى المنكر يمينه أن المودع إذا قال: إن الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات اهـ **قوله**: (**وهو منكر للوجوب**) أي لوجوب الضمان لأنه يتمسك بالأصل إذ الأصل

خلاف الأصل، والطالب ينكر فكان القول له أو نقول: إن المودع أمين فيكون القول قوله في وضع الأمانة موضعها كما في القاضي وأمينه وكالمطلقة إذا ادّعت انقضاء العدة أو بقاءها.

قال رحمه اللّه: (ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيئاً علم جنسه وقدره) لأن فائدتها الإلزام بواسطة الإشهاد ولا يتحقق الإشهاد ولا الإلزم في المجهول فلا يصح ولا يجب الجواب على الخصم، فإذا بين جنسها ونوعها وقدرها وصفتها **وسبب وجوبها** صحت الدعوى فيترتب عليها أحكامها من وجوب الإحضار والحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين وإقامة البينة ولزوم إحضار الشيء المدعى إن لم يكن ديناً ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شيء من ذلك **لفسادها**، وإنما وجب إذا صحت لقوله تعالى: ﴿وإذا دعوا إلى اللّه ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون﴾ [النور: ٤٨] ألحق الوعيد بمن امتنع عن الحضور بعدما طولب به فدل ذلك على أن الحضور مستحق عليه.

قال رحمه اللّه: (**فإن كان عيناً** في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها

في الذمم البراءة اهـ **قوله: (وسبب وجوبها إلخ)** لأن أحكام الديون تختلف باختلاف أسبابها فإنه إذا كان بسبب السلم يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء ليقع التحرز عن الاختلاف، ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض، وإن كان من مبيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط بيان مكان الإيفاء اهـ كاكي. **قوله: (لفسادها)** ولا نعلم فيه خلافاً إلا في الوصية فإن الأئمة الثلاثة يجوّزون دعوى المجهول في الوصية، فإن ادَّعى حقاً من وصية أو إقرار فإنهما يصحان بالمجهول ويصح دعوى الإقرار المجهول بلا خلاف، ولا يشترط لسماع الدعوى المخالطة والمعاملة ولا فرق فيه بين طبقات الناس، وعن مالك لا تسمع دعوى الدنيء على الشريف إذا لم يعرف بينهما سبب اهـ كاكي. **قوله في المتن: (فإن كان عيناً)** قال الإستروشني في فصوله في الفصل التاسع: إن الدعوى لا تخلو إما أن تقع في الدين، أو في العين فإن وقعت في العين فلا يخلو، إما أن كان عقاراً أو منقولاً فإن كان منقولاً فلا يخلو، إما أن كان قائماً أو هالكاً فإن ادَّعى منقولاً قائماً فإن أمكن إحضاره مجلس الحكم فالقاضي لا يسمع دعوى المدعي ولا شهادة شهوده إلا بعد إحضار ما وقع فيه يشير إليه المدعي والشهود لتنقطع الشركة بين المدعي وغيره، قال شمس الأئمة السرخسي: ومن المنقولات ما لا يمكن إحضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم، فالقاضي بالخيار إن شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وإن كان لا يتهيأ له الحضور وكان مأذوناً بالاستخلاف يبعث خليفته إلى ذلك الموضع، وهو نظير ما إذا كان القاضي في داره ووقعت الدعوى في جمل ولا يسع باب داره فإنه يخرج إلى باب داره أو يأمر نائبه حتى

بالدعوى، **وكذا في الشهادة والاستحلاف**) لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة بعد الإحضار فيما يمكن إحضاره من المنقول، وإن لم يمكن كالرحى حضره الحاكم أو بعث أمينه.

قال رحمه اللّه: (وإن تعذر **ذكر قيمتها**) أي إن تعذر إحضار المنقولات بأن كانت هالكة أو غائبة ذكر قيمتها **لأن غير المقدر** لا يمكن ضبطه بالوصف، ويمكن بالقيمة فوجب المصير إليها لأنها هي المدعاة في هذه الحالة لصيرورتها ديناً في الذمة، وقال أبو الليث: **يشترط مع ذلك** في الحيوان **ذكر الذكورة** والأنوثة، وإن لم يبين القيمة فقال: غصب مني عيناً كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته قال في الكافي: ذكر في عامّة الكتب أنه يسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله **فلو كلف بيان القيمة لتضرر به**، وعزاه إلى القاضي فخر الدين وإلى صاحب الذخيرة، وإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضاً بل أولى لأنهم أبعد عن ممارسته.

قال رحمه اللّه: (**وإن ادَّعى عقاراً** ذكر حدوده) لأنه تعذر تعريفه بالإشارة لتعذر نقله إلى مجلس الحكم فتعين التحديد إذ العقار يعرف به.

يخرج ليشير إليه الشهود بحضرته، وفي القدوري إذا كان المدَّعى شيئاً يتعذر نقله كالرحى فالحاكم بالخيار إن شاء حضر وإن شاء بعث أميناً، كذا ذكره في الذخيرة وذكره القاضي الإمام ظهير الدين، وهذا إنما يستقيم إذا كان العين المدعى في المصر، أما إذا كان خارج المصر كيف يقضي القاضي به والمصر شرط لجواز القضاء في ظاهر الرواية، لكن الطريق فيه أن يبعث واحداً من أعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضي ثم بعد ذلك يمضي قضاءه اهـ **قوله**: **(وكذا في الشهادة والاستحلاف)** يعني إذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف إحضارها اهـ غاية وكتب ما نصه قال الإتقاني: ويتعلق بالدعوى أيضاً وجوب إحضار العين المدعاة مجلس القاضي على المدعى عليه إذا كانت منقولة قائمة في يده، حتى يشير المدعي أو الشهود إليها أو يشر إليها المدعى عليه عند الاستحلاف اهـ **قوله**: **(ذكر قيمتها)** أي ذكر المدعي قيمتها حتى تصح الدعوى بوقوعها على معلوم لأن عين المدعاة تعذر مشاهدتها، ولا يمكن معرفتها بالوصف فاشترط بيان القيمة لأنها شيء تعرف العين الهالكة به اهـ **قوله**: **(لأن غير المقدر)** أي المقدر بالكيل أو الوزن اهـ **قوله**: **(يشترط مع ذلك)** أي مع بيان قيمتها اهـ **قوله**: **(ذكر الذكورة)** وبعضهم لم يشترط ذلك اهـ **قوله**: **(فلو كلف بيان القيمة لتضرر به)** قال الكاكي: وفي المجتبى قال الإسبيجابي في مسألة سرقة البقرة: لو اختلفا في لونها تقبل الشهادة عنده خلافاً لهما وهذه المسألة تدل على أن إحضار المنقول ليس بشرط للشهادة والدعوى، إذ لو شرط لأحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة ثم قال: والناس عنها

. . . .

غافلون اهـ **قوله في المتن:** (**وإن ادَّعى عقاراً إلخ**) ذكر هنا فصولاً ثلاثة الأول تحديد العقار وهو بيان حدوده، والثاني ذكر المدعي أن المدعى في يد المدعى عليه، والثالث ذكر المدعي أنه يطالب المدعى عليه بالمدعى، أما الفصل الأول فنقول: إنما شرط التحديد لأن الدعوى لا تصح في المجهول والعقار لا يعلم إلا بالتحديد فاشترط التحديد حتى تقع الشهادة على معلوم، قال في شرح الأقطع: لو وقعت الدعوى في غير محدود لم تصح حتى يحضر الحاكم عند الأرض فيسمع الدعوى على عينها ويشير الشهود إليها بالشهادة قال في شرح أدب القاضي: يجب على المدعي وعلى الشهود الإعلام بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن في الدار البلدة ثم المحلة التي فيها الدار في تلك البلدة، ثم يبين حدود الدار لأن التعريف بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن هذا وهو أن يبين أولاً الاسم العام وهو البلدة ثم يبين ما هو الأخص منه وهو المحلة ثم يعرف بما هو أخص من المحلة وهو الحدود الأربعة ليحصل التعريف والإعلام بأقصى ما يمكن، فإذا فعل ذلك وشهد الشهود على ذلك كله قبل القاضي وقضى به، وقال الإستروشني: في الفصل الثامن من فصوله ذكر الشيخ الإمام الفقيه الحاكم أبو نصر[1] أحمد بن محمد السمرقندي في شروطه إذا وقعت الدعوى في العقار لا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ الكاتب بذكر الكورة ثم بذكر المحلة اختيار القول محمد بن الحسن فإن المذهب عنده أن يبدأ بالأعم ثم ينزل من الأعم إلى الأخص، وقال أبو زيد البغدادي[2]: يبدأ بالأخص ثم بالأعم فيقول: دار في سكة، كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول: فلان ثم يقول: ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو أقرب ثم يترقى إلى ما هو الأبعد لكن ما قاله محمد بن الحسن: أحسن لأن العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه، لأن الأعم اسمه فإن جعفراً في الدنيا كثير فإن عرف وإلا ترقى إلى الأخص فيقول: ابن محمد وهذا أخص فإن عرف وإلا ترقى إلى الجد إلى هنا لفظ الفصول، وقال: في هذ الفصل أيضاً في موضع آخر، وذكر في الذخيرة: إذا ادَّعى محدوداً في موضع كذا وبين الحدود ولم يبين أن المحدود ما هو كرم أو أرض أو دار وشهد الشهود، كذلك هل تسمع وهل تصح الدعوى والشهادة؟ حكى فتوى شمس الأئمة السرخسي أنه لا تصح الدعوى والشهادة وحكى فتوى شمس الإسلام الأوزجندي أن المدعي إذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود تصح الدعوى، ولا يوجب ترك بيان المحدود جهالة في المدعى وكان ظيهر الدين المرغيناني يكتب في جواب الفتوى لو

---

(١) هو أحمد بن محمد السمرقندي (أبو نصر، الحاكم) عالم في علم الشروط والسجلات، المتوفى سنة (٥٥٠هـ)، انظر كشف الظنون (٢/١٠٤٦)، ومعجم المؤلفين (٢/١٠٩).

(٢) أحمد بن زيد الشروطي أبو زيد، انظر كشف الظنون (٢/١٠٤٦).

قال رحمه اللّه: (وكفت ثلاثة) أي كفى ذكر ثلاثة من الحدود، وقال زفر رحمه اللّه: لا يكفي ولا بد من ذكر الحدود الأربعة لأن التعريف لم يتم بذكر الثلاثة كما لا يتم بذكر الاثنين ولنا أن للأكثر حكم الكل بخلاف ما إذا غلط في الرابعة لأنه [١٩ ب/٣] يختلف به المدعى ولا كذلك تركها، ونظيره إذا ادّعى شراء شيء/ بثمن منقود فإن الشهادة تقبل، وإن سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل، وكما يشترط ذكر الحد في الدعوى يشترط في الشهادة أيضاً لأنه بها يصير معلوماً للقاضي.

قال رحمه اللّه: (وأسماء أصحابها) أي ذكر أسماء أصحاب الحدود لأن التعريف يحصل بذلك وذكر أنسابهم ليتميزوا عن غيرهم.

قال رحمه اللّه: (ولا بد من ذكر الجدّ إن لم يكن مشهوراً) أي لا بد من ذكر جدّ كل واحد من أصحاب الحدود إن لم يكن الرجل مشهوراً بين الناس، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأن تمام التعريف يجصل به في الصحيح من مذهبه، وقد ذكرناه غير مرة **وإن كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره** لحصول المقصود به.

قال رحمه اللّه: (وأنه في يده) أي وذكر أن العقار في يده لأن المدّعى عليه لا يكون خصماً إلا إذا كان العقار في يده فلا بد من إثباته.

قال رحمه اللّه: (ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما بل ببينة أو علم القاضي بخلاف المنقول) أي لا تثبت اليد فيه بتصادق المدعي والمدعى عليه أن العقار في يد المدّعى عليه لأن اليد فيه غير مشاهدة، ولعله في يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة إلى أخذه بحكم الحاكم فلا بد من إقامة البينة فيه أو علم القاضي لتنتفي تهمة المواضعة بخلاف المنقول، لأن اليد فيه معاينة فلا حاجة إلى اشتراط الزيادة.

قال رحمه اللّه: **(وأنه يطالبه به)** أي ذكر للقاضي أنه يطالبه بالشيء المدّعى

سمع قاض هذه الدعوى تجوز، وقيل: ذكر المصر والقرية والمحلة ليس بلازم وذكر رشيد الدين[١] أنه لا بد أن يكتب بأي قرية وبأي موضع لترتفع الجهالة إلى هنا لفظ الفصول اهـ إتقاني. وكتب على قوله: عقاراً ما نصه قال الإتقاني: العقار بالفتح الأرض والضياع والنخل ومنه قولهم: ما له دار ولا عقار كذا في الصحاح، وقيل: العقار اسم للعرصة المبنية والضيعة اسم للعرصة لا غير اهـ **قوله: (وإن كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره)** كأبي حنيفة ومحمد بن الحسن وابن أبي ليلى وأبي حفص[٢] الكبير البخاري اهـ **قوله في المتن: (وأنه**

---

(١) لعله محمد بن عمر بن عبد اللّه السنجي الحنفي المتوفى سنة (٥٩٨هـ) صاحب الفتاوى، انظر الفوائد البهية (١٨٣)، معجم المؤلفين (١١/ ٨٥).

(٢) هو أحمد بن حفص المعروف بأبي حفص الكبير الإمام المشهور أخذ العلم عن محمد بن الحسن، انظر الجواهر المضية (١/ ١٦٦).

لأن القاضي لا يعلم لماذا ذكر حقه عنده فبذكره أنه طالب يتبين له فلا بد من التنبيه عليه، لأنه لو لم ينص على الطلب لحسب القاضي أنه إنما ذكر له على سبيل الحكاية فيزيل ذلك الوهم بالنص على الطلب، ولأن القاضي لا يجب عليه أن يجيبه لاحتمال ما ذكرنا إلا إذا طلب لأنه نصب لقطع الخصومات لا لإنشائها فإذا بين طلبه أجابه وإلا فلا لاحتمال أن يكون عنده برهن أو وديعة أو إجارة ونحو ذلك فلا يزول الاحتمال بدون طلبه، ولهذا قالوا: يجب في المنقول أن يقول: هو في يده بغير حق.

قال رحمه الله: (وإن كان ديناً ذكر وصفه وأنه يطالبه به) لما ذكرنا، ولا بد من بيانه على وجه لايبقى فيه خفاء وكذا في الشهادة وقد بيناه من قبل.

يطالبه به) يعني إذا كان المدعى ديناً لا عيناً لا يشترط فيه الإحضار إلى مجلس القاضي كما يشترط في العين القائمة لأن الإحضار إنما اشترط ثمة ليمتاز المدعى من غيره بالإشارة التي عند الدعوى والشهادة، وعند استحلاف المدعى عليه لأن العين قد تشترك مع عين أخرى في الوصف والحلية فلا ينقطع الشك ما لم تكن الإشارة إليها في الحضور، والدين لا يمكن إعلامه بالإشارة إليه فلا يلزم إحضاره بل اكتفى ببيان الجنس والقدر والوصف بخلاف ما إذا كانت العين مستهلكة حيث تقبل الشهادة عليه من غير إشارة، لأن الدعوى في قيمتها إن لم تكن من ذوات الأمثال، وفي مثلها إن كانت من ذوات الأمثال والمثل والقيمة دين في الذمة، والشهادة على الديون تقبل بلا إشارة إليها بل لا بد من بيان الجنس والقدر وإلى هذا أشار القدوري عند قوله: ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره، لأن ذلك يشمل العين والدين جميعاً، ولكن إن كان نقلياً قائماً بعينه يشترط الإحضار وإن كان عقاراً يجب التحديد بخلاف الدين فافهم اهـ إتقاني. (فروع) في التتمة لو ادَّعى ديناً في التركة، وقال: كل التركة في يد هذا يحلف وحده بالله ما وصل إليه شيء من التركة ولا يعلم أن له ديناً على أبيه، وقيل: يحلف يمينين على الوصول على البتات وعلى الدين على العلم وبه قال عامة المشايخ، وأجمعوا أن المدعي بعد إقامة البينة يحلف أنه ما استوفاه ولا أبرأه، وإن لم يدع الخصم ولا يعلم فيه خلاف اهـ قال الولوالجي في أواخر الفصل الخامس من كتاب الدعوى: رجل ادعى ديناً في التركة وأقام البينة فإن القاضي يحلفه بالله ما استوفيته ولا شيئاً منه، وهذا ليس في هذا الموضع خاصة بل في كل موضع يدعي حقاً في التركة وأثبته بالبينة فإنه يحلف من غير خصم أنه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى من غير دعوى اهـ قال الإمام الناصحي رحمه الله في أدب القضاء ما ملخصه: رجل ادَّعى على ميت شيئاً وأقام البينة على وارث واحد أو على الوصي فذلك جائز على جميع الورثة لأن أحد الورثة خصم فيما يجب للميت وعليه بدليل أنه لو أقام البينة على رجل للميت قبله دين فإنه يقبل ويقضي بجميع الدين، وبدليل أنه له أن يرد

قال رحمه اللّه: (فإن صحت الدعوى سأل المدّعى عليه عنها) أي عن الدعوى لينكشف له وجه القضاء إن ثبت حقه لأن القضاء بالبينة يخالف القضاء بالإقرار وهذا لأن الإقرار حجة ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه إلى القضاء، وإطلاق اسم القضاء فيه مجاز وإنما هو أمر بالخروج عما لزمه بالإقرار بخلاف البينة فإنها ليست بحجة إلا إذا اتصل بها القضاء فيسقط احتمال الكذب بالقضاء في حق العمل فيصير حجة يجب العمل به كسائر الحجج الشرعية.

قال رحمه اللّه: (فإن أقر أو أنكر فبرهن المدّعي قضى عليه) لوجود الحجة الملزمة للقضاء.

قال رحمه اللّه: (وإلا حلف بطلبه) أي وإن لم يكن للمدّعي بينة حلف المدّعى عليه إذا طلب المدعي يمينه لأنه عليه الصلاة والسلام قال للمدعي: «ألك بينة قال لا، فقال عليه الصلاة والسلام: لك يمينه، فقال: يحلف ولا يبالي فقال عليه الصلاة والسلام: ليس لك إلا هذا شاهداك أو يمينه»[1]. فصار اليمين حقاً له لإضافته إليه بلام التمليك، وإنما صار حقاً له لأن المنكر قصد اتواء حقه على زعمه

بالعيب بعد الموت فإذا كان خصماً في الجميع قبلت بينته في ذلك، وكذلك الوصي لأن الوصي خصم عن الميت بدليل أنه يخاصم عنه ويرد بالعيب فهذه بينة أقامها خصم فوجب أن تقبل، وإن أقام البينة على غريم أو موصى له لم يقض بها ولا يكون الخصم عن الميت إلا وارثاً أو وصياً لأن الغريم ليس بخصم عن الميت، بدليل أنه لا يرد بالعيب فإذا لم يكن خصماً فهذه بينة أقيمت من غير خصم فلا تقبل، وإذا كان الورثة صغاراً نصب لهم وصياً ويجوز إثبات الحق المدعى على الميت عليه لأن القاضي يلي عليهم فصار كالأب وللأب أن ينصب عليهم وصياً، كذلك هذا، ولأن ولاية القاضي أبسط من ولاية الوصي وللوصي أن يقيم غيره مقامه، كذلك للقاضي أن ينصب لهم وصياً ثم إذا دفع المال إلى الغريم استحلفه القاضي باللّه ما قبض هذا المال الذي ثبت له ولا شيئاً منه من فلان بن فلان ولا من أحد أداه إليه ولا قبض له قابض بأمره ولا أبرأه منه ولا عن شيء منه ولا حط عنه من ذلك شيئاً ولا احتال به ولا بشيء منه على أحد ولا أحال بذلك ولا بشيء منه على فلان الميت ولا ارتهن بذلك ولا بشيء منه على فلان الميت، فإذا حلف دفع إليه المال لأن الحلف يجب لتسليم المال فوجب أن يستحلفهم، وكذلك السبيل فيما يدعي في يد الميت من ضيعة أو عقار اهـ قال قاضيخان آخر كتاب الوصية: قال أصحابنا: إن الرجل إذا ادّعى ديناً على الميت وأثبته بالبينة فإن القاضي يحلفه باللّه ما استوفيت منه شيئاً ولا

---

(١) أخرجه البخاري في الشهادات (٢٦٧٠) بنحوه، ومسلم في الإيمان (١٣٨) واللفظ له، وأحمد في مسنده (٢١٣٣٤).

بالإنكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس إن كان كاذباً كما يزعم وهو أعظم من اتواء المال **وإلا يحصل للحالف الثواب** بذكر اسم اللّه تعالى وهو صادق على وجه التعظيم.

[٢٠/١ ٣/١] قال/ رحمه اللّه: (ولا تردّ يمين على مدّع) لقوله عليه الصلاة والسلام: «لو أعطي الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه»[١] رواه مسلم وأحمد، جعل جنس اليمين على المنكر لأن الألف واللام للاستغراق وليس وراءه شيء آخر حتى يكون على المدعي ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام: «الأئمة من قريش»[٢]، ولقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[٣] قسم بينهما، والقسمة تنافي الشركة وفيه الألف واللام أيضاً تدل على ما تقدم فيفيد استغراق البينة واليمين ولهذا لا تقبل بينة ذي اليد ولايقال: إنما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم أن لو كان المنكر هو المدعى عليه والخارج هو المدعي وليس كذلك بل كل واحد منهما مدّع ومنكر لأنه يقول: هو لي ويقول لصاحبه هو ليس لك لأنا نقول: المعتبر فيه المقصود ومقصود الخارج إثبات الملك لنفسه والنفي يدخل ضمناً وتبعاً ومقصود ذي اليد نفيه، ولهذا يقول الخارج أوّل ما ينطق: هو لي، ويقول ذو اليد: ليس لك فالأول هو المعتبر فسمي كل واحد منهما بأوّل ما يصدر منهما اعتباراً للقصدي دون الضمني، وقال الشافعي رحمه اللّه: إذا لم يكن للمدّعي بينة يحلف المدعى عليه فإذا نكل تردّ اليمين على المدعي فإن حلف قضى له، وإن نكل لا يقضي له لأن الظاهر صار شاهداً للمدعي بنكوله فتعتبر يمينه كالمدعى عليه لما كان الظاهر شاهداً له اعتبر يمينه، **وقال أيضاً: إذا أقام المدعي** شاهداً واحداً وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضي له

أبرأته يحلفه على هذا الوجه نظراً للميت والوارث الصغير، وكل من عجز عن النظر بنفسه لنفسه اهـ فقوله: نظراً للميت إلخ يفيد أن التحليف واجب واللّه الموفق اهـ **قوله: (وإلا يحصل للحالف الثواب)** سيأتي عند قوله في المتن: ولا يستحلف في نكاح إلخ أن اليمين الصادقة فيها الثواب اهـ **قوله: (وقال أيضاً إذا أقام المدعي إلخ)** قال الإتقاني: وعند الشافعي يقضي بيمين المدعي في موضعين وهو مذهب مالك وأحمد وأهل الحجاز جميعاً، أحدهما إذا أبى المدعى عليه عن الحلف يحلف المدعي فإن حلف يقضي عليه بما ادّعى

---

(١) أخرجه البخاري في تفسير القرآن (٢٥١٤) بلفظ «لذهب دماء قوم وأموالهم...»، ومسلم في الأقضية (١٧١١) واللفظ له، والنسائي في آداب القضاة (٥٤٢٥).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (١٤٣/٨)، والطبراني في المعجم الكبير (٢٥٢/١).

(٣) تقدم تخريجه.

لما روي أنه عليه الصلاة والسلام «قضى بشاهد ويمين»[١] ويروى أنه عليه الصلاة والسلام «قضى باليمين مع الشاهد»[٢] ولنا ما روينا وما رواه ضعيف ردّه يحيى بن معين فلا يعارض ما روينا ولأنه يرويه ربيعة عن سهيل بن أبي صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلاً أن يكون معارضاً للمشاهير، ولأنه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما، وهذا كما يقال: ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب، ولئن سلم أنه يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعي بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع إلى يمين المنكر عملاً بالمشاهير.

قال رحمه اللّه: (**ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق** وبينة الخارج أحق) أي لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق **وإن أقاما بينة فبينة الخارج أولى**، وقال الشافعي رحمه اللّه: بينة ذي اليد أولى من بينة الخارج لتأكدها باليد فصار كما إذا أقاما البينة على النتاج أو على نكاح امرأة، والمرأة في يد أحدهما فإنه يكون أولى، ولو ادّعيا أمة وادّعى كل واحد منهما أنها أمته دبرها أو أعتقها أو استولدها وأقاما بينة كان بينة

وإن أبى عن المنازعة، والثاني إذا أقام المدعي شاهداً واحداً ولم يكن له شاهد آخر وحلف قضى له وعندنا لا يقضي بيمين المدعي أصلاً ففي الفصل الأول يقضي بنكول المدعى عليه، وفي الفصل الثاني يحلف المدعى عليه فإن نكل يقضي به اهـ **قوله في المتن: (ولا بينة لذي اليد في الملك المطلق)** أراد بالملك المطلق أن يدعي الملك من غير أن يدعي السبب بأن يقول: هذا ملكي ولم يقل هذا ملكي بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك، وهذا لأن المطلق ما يتعرّض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات، وجه قول الشافعي: أن الخارج وذا اليد تساويا في البينة وانفرد ذو اليد باليد فكان أولى اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال الإتقاني: ثم يستوي الجواب بين أن يكون الخارج مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً أوعبداً أو حراً أو امرأة أو رجلاً والمدعي قبله كذلك، والمدعى به أيّ مال كان لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» اهـ **قوله: (وإن أقاما بينة فبينة الخارج أولى)** قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: وقال زفر والشافعي: بأن بينة ذي اليد أولى قول مالك كقول الشافعي، كذا في التفريع وقول أحمد بن محمد بن حنبل كقولنا، كذا في الخرقي

---

(١) أخرجه مسلم في الأقضية (١٧١٢)، وأبو داود في الأقضية (٣٦٠٨)، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٧٠)، وأحمد في مسنده (٢٢٢٥).

(٢) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٤٣)، وأبو داود في الأقضية (٣٦١٠)، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٦٨).

صاحب اليد أولى، ولنا أن البينات شرعت للإثبات لأنها وإن كانت في الحقيقة مبينة مظهرة لكنها أخذت حكم الإثبات، لما أنا لا علم لنا به إذ الأحكام تثبت بأسبابها فصارت كالعلل الشرعية فإنها أمارات في حق الشارع، وفي حقنا لها حكم الإثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لأن الحكم يحال إلى شهادتهم إيجاباً، وإذا كان كذلك كان بينته أكثر إثباتاً لأنه ببينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت بظاهر يده وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئاً لأنه لا ملك للخارج قبل القضاء بوجه/ مّا، وقدر ما أثبتته بينة صاحب اليد كان ثابتاً بظاهر يده، ألا ترى أن [٢٠ ب/٣] من رأى شيئاً في يد إنسان جاز له أن يشهد بأنه له، وإذا نازعه أحد في الملك بغير بينة دفع القاضي عنه ولم تثبت بينته شيئاً لم يكن، وأما بينة الخارج فإنها أثبتت شيئاً لم يكن ثابتاً له فكانت أولى إذ البينات للإثبات بخلاف مسألة النتاج، فإن بينة صاحب اليد فيه متضمنة لدفع بينة الخارج لأنها تقوم على أوّلية الملك وأولية الملك لا تثبت إلا لأحدهما فإذا قدّرنا ثبوتها لصاحب اليد كانت بينته متضمنة دفع بينة الخارج فوجد التعارض بين البينتين فترجحت بينة صاحب اليد باليد، وفي الملك المطلق لم يوجد التعارض لأن بينة الخارج لم تثبت الملك قبل القضاء حتى تعارضها بينة ذي اليد بالدفع والترجيح إنما يكون عند التعارض ويتصوّر فيه أيضاً أن يثبت الملك بهما على التعاقب فلم يكن في بينته ما يدفع بينة الخارج فلا تقبل، وبخلاف التدبير والإعتاق والاستيلاد **لأن اليد لا تدل على هذه الأشياء** فكان كل واحد من البينتين مثبتاً فتعارضتا، فترجح بينة صاحب اليد باليد وبخلاف دعوى النكاح لأنها دعوى سبب الملك أيضاً فصارت كالنتاج في جميع ما ذكرنا، وكلامنا في دعوى الملك المطلق لا في الملك بسبب لأن فيه ذا اليد أولى بالاتفاق إذا كان سبباً لا يتكرر في الملك على ما يجيء بيانه في موضعه، ولا يقال: إنهما لو لم يذكرا سبب الملك بأن ادّعى كل واحد منهما أنها امرأته ولم يذكر السبب كان الحكم كذلك فبطل ما ذكرتم، لأنا نقول: السبب فيه متعين إذ لا طريق لهذا الملك إلا به فيكون دعوى الملك فيه دعوى للسبب، ألا ترى أنهما لو اختلفا في ولاء شخص وأقاما البينة كانت بينة ذي اليد أولى لتعين سببه وهو العتق في ملكه ولا كذلك ما نحن فيه، ولأن الخارج هو المدعي والبينة بينة المدّعي بالنص على ما بينا وجهه من الاستغراق فلا تقبل بينة ذي اليد ما لم يكن مدعياً بدعوى السبب.

اهـ إتقاني. **قوله: (لأن اليد لا تدل على هذه الأشياء)** أي كما لا تدل اليد على النتاج فكانت بينة ذي اليد أولى لأنها قامت على غير ما دلت عليه اليد فترجحت باليد اهـ إتقاني. **قوله**

قال رحمه الله: (**وقضى له إن نكل** مرة بلا أحلف أو سكت) أي قضى للمدّعي إن نكل المدّعى عليه مرة صريحاً بقوله: لا أحلف أو دلالة بسكوته، **ويجوز أن تكون اللام في قوله: وقضى له بمعنى على** أي قضى على المدعى عليه واللام تأتي بمعنى على، قال الله تعالى: ﴿إن أحسنتم أحسنتم لأنفسكم وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] أي فعليها وقال الشافعي رحمه الله: لايقضي بنكوله بل تردّ اليمين على المدعي إذا نكل المدعى عليه فإن حلف يقضي له بالمال، وإن نكل انقطعت المنازعة بينهما، لما روي عن علي رضي الله تعالى عنه أنه حلّف المدعي بعد نكول المدعى عليه، ولأن اليمين إنما وجبت في الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له، فإذا نكل هو كان الظاهر شاهداً للمدعي فيحلف، ولأن النكول محتمل يحتمل أن يكون لأجل اشتباه الحال أو **لأجل التورع عن اليمين** الكاذبة أو لأجل الترفع عن الصادقة، **كما فعل عثمان رضي الله تعالى عنه** فإنه نكل عن اليمين وقال: «أخاف أن يوافقه قضاء فيقال: إن عثمان حلف كاذباً»[١] فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا يقضي به، **ولنا إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم** أجمعين، وروي عن علي أيضاً أنه وافق إجماعهم فإنه روي عن شريح أن المنكر طلب منه ردّ اليمين على المدعي فقال: ليس لك إليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه، فقال له علي رضي الله تعالى عنه: قالون ومعناها بالرومية أصبت»[٢]، وروي عن عمر رضي الله تعالى عنه / [٢١ /٢/أ] «أن امرأة ادّعت عنده على زوجها أنه قال لها: حبلك على غاربك فحلّف عمر الزوج بالله

في المتن: (وقضى له إن نكل) قال الإمام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا رضي الله عنهم النكول حجة يقضي بها في باب الأموال اهـ **قوله: (ويجوز أن تكون اللام في قوله: وقضى له بمعنى على)** وعلى هذا فيكون الضمير البارز في قوله: له والضمير المستتر في قوله: نكل راجعين للمدعى عليه، وعلى الأول فضمير له راجع للمدعي وضمير نكل راجع للمدعى عليه اهـ **قوله: (أو لأجل التورّع عن اليمين)** قال الإتقاني: ولأن النكول عن اليمين يحتمل التورع عن اليمين الصادقة والتحرز عن اليمين الفاجرة، والتروي لاشتباه الأمر والمحتمل لا يصلح حجة اهـ **قوله: (كما فعل عثمان رضي الله عنه)** أي حين ادَّعى عليه المقداد مالاً عند عمر رضي الله عنهم أجمعين اهـ **قوله: (ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم)** قال الإتقاني: ولنا إجماع الصحابة على القضاء بالنكول فإن شيخ الإسلام أبا بكر المدعو بخواهر زاده قال في مبسوطه: روي عن عمر وعثمان وعليّ وعبد الله بن عمر وابن عباس وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهم «أنهم قضوا بالنكول»، روي ذلك عنهم بألفاظ

---

(١) ذكره الزيلعي في كتاب نصب الراية (٤/ ١٠٤).

(٢) أخرجه الدارمي في الطهارة (٨٥٥) بلفظ «أحسنت»، والبيهقي في سننه (٧/ ٤١٨).

ما أردت طلاقاً فنكل فقضى عليه بالفرقة»[١]، وكذا روي عن ابن عباس رضي اللّه تعالى عنهما وهو مذهب أبي موسى الأشعري، **ولأن النكول** دل على كونه **باذلاً أو مقرّاً** إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين أداء للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه فترجحت هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورّع والاشتباه، لأن الظاهر أنه يأتي بالواجب فلا يترفع عن الصادقة والظاهر من حال المسلم أنه لا يكذب فلا يكون نكوله تورّعاً عن الكاذبة ظاهراً باعتبار حاله، ولو كان لاشتباه الحال لاستمهل حتى ينكشف له الحال فتعين أن يكون لأجل البذل ولا وجه لردّ اليمين على المدعي **لما روينا من أن اليمين على المنكر**.

قال رحمه اللّه: (وعرض اليمين ثلاثاً ندباً) أي عرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات وهو مستحب يقول له في كل مرة إني أعرض عليك اليمين فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادَّعاه إعلاماً له للحكم لأنه موضع خفاء لاختلاف العلماء فيه لأن الشافعي رحمه اللّه لا يراه فإذا كرر عليه الإنذار والعرض ولم يحلف **حكم عليه إذا علم** أنه لا آفة به من طرش وخرس، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما

مختلفة، ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك فحل محل الإجماع اهـ **قوله: (ولأن النكول إلخ)** قال الإتقاني: ولأن النكول وهو الامتناع عن اليمين جعل بذلاً على مذهب أبي حنيفة أو إقراراً على مذهب صاحبيه، فلولا ذلك حلف المدعى عليه عملاً بالواجب عليه وحيث لم يقدم على اليمين دل أنه بذل الحق أو أقر فإذا بذل أو أقر وجب على القاضي الحكم بذلك، فكذلك إذا نكل ولا يقال: كيف يعتبر النكول إقراراً وتكرار النكول شرط دون الإقرار لأنا نقول: لا يعتبر التكرار شرطاً في النكول على ما ذكر محمد في الأصل، ولئن سلمنا أن التكرار شرط على ما ذكره الخصاف، فنقول: لا يمتنع أن يعتبر التكرار في النكول دون الإقرار مع تساويهما في الاستحقاق كالبينة مع الإقرار، ولا يقال: يقبل الرجوع عن النكول دون الإقرار، لأنا نقول: يقبل الرجوع عن الإقرار أيضاً في الحدود الواجبة للّه تعالى فإنه إذا أقر ثم رجع يقبل بخلاف الإقرار بحد القذف، والقصاص فإن الرجوع عنه لا يصح لتعلق حق العبد اهـ **قوله: (باذلاً)** أي حق المدعي عند أبي حنيفة اهـ **قوله: (أو مقرّاً)** أي بحق المدعي عندهما اهـ **قوله: (لما روينا من أن اليمين على المنكر)** بيانه أن النبي ﷺ جعل اليمين على المنكر لقدم العهد فمن قال: بردها على المدعي كان ذلك منه ردّاً لحكم الحديث وهو فاسد اهـ إتقاني. **قوله: (حكم عليه إذا علم إلخ)** اعلم أن الروايات اختلفت فيما إذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه، ولم يقل: أحلف فقال بعض أصحابنا: إذا سكت سأل القاضي عنه هل به خرس أو طرش فإن قالوا: لاجعله ناكلاً وقضى

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٣٤٣/٧).

الله تعالى أن التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح أنه ينفذ، والعرض ثلاثاً مستحب وهو نظير إمهال المرتد ثلاثة أيام فإنه مستحب فكذا هذا مبالغة في الإنذار، ولا بد أن يكون النكول في مجلس القاضي لأن المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر، وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف، ثم إذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه، ولا يبطل حقه بيمينه إلا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فإن وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها، وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون: يترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما يترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها، وهذا القول مهجور غير مأخوذ به وليس بشيء أصلاً لأن عمر رضي الله تعالى عنه «قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر»[1]، وكان شريح رحمه الله يقول: اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة، وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه إن كان لفلان على فلان ألف فادَّعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعي البينة أن له عليه ألفاً، وقيل: عند أبي يوسف يظهر كذبه، وعند محمد لا يظهر، وفي النهاية لو اصطلحا على أن المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطل ولا شيء على المدعى عليه.

قال رحمه الله: (**ولا يستحلف في نكاح ورجعة وفيء واستيلاد ورق ونسب وولاء**

عليه، ومنهم من قال: يحبس حتى يجيب والأول هو الصحيح كذا في شرح الأقطع، والخرس آفة باللسان تمنع الكلام أصلاً ويقال: طرش يطرش طرشاً من باب علم أي صار أطروشاً وهو الأصم اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال في خلاصة الفتاوى في الفصل السابع من كتاب القضاء ما نصه: وفي الأقضية رجل ادَّعى على آخر مالاً فلزمه السكوت فلم يجب أصلاً يؤخذ منه كفيل ثم يسأل جيرانه عسى به آفة في لسانه أو سمعه، فإن أخبروا أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم فإن سكت ولم يجب ينزل منزلة منكر، قال الإمام السرخسي: هذا قولهما أما عند أبي يوسف فيحبس حتى يجيب اهـ **قوله**: (**وعند محمد رحمه الله لا يظهر**) قال في الدراية والفتوى في دعوى الدين: إن ادَّعاه من غير سبب فحلف ثم أقام بينة يظهر كذبه، وإن ادَّعى الدين بسبب وحلف، ثم أقام المدعي بينة على السبب لا يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض ثم وجد الإبراء أو الإيفاء، كذا في الفصول اهـ **قوله في المتن**: (**ولا يستحلف إلى قوله: وولاء**) قال صدر الشريعة: اعلم أن في هذه الصور لا يستحلف عند

---

(١) تقدم تخريجه.

وحد ولعان وقال القاضي الإمام فخر الدين:) رحمه الله تعالى (الفتوى على أنه **يستحلف المنكر في الأشياء الستة**) يعني في هذه الأشياء التي عدها سوى الحد واللعان وهو قولهما والأول قول أبي حنيفة رحمه الله، لهما أن هذه حقوق تثبت مع الشبهات فيجري فيها الاستحلاف كالأموال بخلاف الحدود واللعان، وهذا لأن فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول إقرار لأن اليمين واجب فتركه دليل على أنه باذل أو مقرّ ولا يمكن أن يجعل باذلاً لأنه يجوز ممن لا يجوز / البذل منه، كالمكاتب والعبد [٢١ ب/٣] المأذون له في التجارة، وكذا يجوز في الدين، **ولا يجوز بذله** ويجب على القاضي أن يقضي بالنكول ويصح إيجابه في الذمة ابتداء ولو كان بذلاً لما صح ولا وجب، وكذا يجب القصاص به فيما دون النفس ويصح في الشائع فيما يقسم ولو كان بذلاً لما صح ولا وجب فتعين أن يكون مقرّاً، والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحدود واللعان، ألا ترى أنها لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي إلى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال لما فيها من الشبهات، وهذا لأن نكوله يدل على أنه كاذب في الإنكار، ولولا ذلك لما نكل لأن اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه يدفع تهمة الكذب عن نفسه، والعاقل يميل إلى مثل هذه واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس فالظاهر أنه أعرض عنها مخافة الهلاك، ومخالفة لهواه وشح نفسه وإيثاراً للرجوع إلى الحق إذ هو أولى من التمادي على الباطل، قال الله تعالى:

أبي حنيفة وعندهما يستحلف، صورتها ادَّعى الرجل النكاح وأنكرت المرأة أو بالعكس، أو ادَّعى الرجل بعد الطلاق وانقضاء العدة الرجعة في العدة وأنكرت المرأة أو بالعكس، أو ادَّعى الرجل بعد انقضاء مدة الإيلاء الفيء في المدة وأنكرت المرأة أو بالعكس، أو ادَّعى الرجل على مجهول النسب أنه عبده أو ولده وأنكر المجهول أو بالعكس أو اختصما في ولاء العتاقة أو ولاء الموالاة على هذا الوجه، أو ادَّعت الأمة على مولاها أنها ولدت منه ولداً أو ادّعاها، وقد مات الولد ولا يجري في هذه المسألة العكس لأن المولى إذا ادَّعى ذلك تصير أم ولد بإقراره، ولا اعتبار بإنكار الأمة اهـ **قوله في المتن:** (**وحدّ ولعان**) كما إذا ادَّعى على آخر أنك قذفتني بالزنا وعليك الحد لا يستحلف بالإجماع، وكذا إذا ادَّعت المرأة على الزوج أنك قذفتني بالزنا وعليك اللعان اهـ صدر الشريعة، سيأتي عند **قوله في المتن:** (**ويستحلف السارق إلخ**) حاشية نافعة هنا فراجعها والله الموفق. **قوله:** (**قال القاضي: الإمام فخر الدين**) المراد به قاضيخان كذا في شرحي المجمع وغيرهما اهـ **قوله:** (**يستحلف المنكر في الأشياء الستة**) النسب والاستيلاد شيء واحد، فلذا قال في الأشياء الستة اهـ لكن الشارح بعد قوله في الشرح: ومعنى البذل إلخ قال: بخلاف الأشياء السبعة. **قوله:** (**ولا يجوز بذله**) إذ البذل

﴿ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون﴾ [الحشر:٨] فيكون إقراراً ضرورة، **ولأبي حنيفة رحمه الله أنه** بذل وإباحة، وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل والإباحة **فلا يقضى بها** بالنكول، كالقصاص في النفس وكالحدود واللعان، وفي حمله على البذل صيانة غعضه عن الكذب فكان أولى، ولهذا لا يجوز إلا في مجلس القاضي وقضائه، ولو كان إقراراً لجاز مطلقاً بدون القضاء، وكذا لو كفل رجل لرجل بما يقرّ له به فلان فادَّعى المكفول له على فلان ديناً فاستحلفه فنكل لا يجب على الكفيل شيء ولو كان إقراراً لوجب عليه، وكذا لو اشترى نصف عبد ثم اشترى نصفه الباقي فوجد به عيباً فخاصمه في النصف الأول فاستحلفه فنكل فقضى عليه بالردّ ثم أراد أن يردّ النصف الآخر يحتاج إلى خصومة واستحلاف جديد إذا أنكر، ولو كان إقراراً لما استحلف ثانياً بل كان يلزمه كله بالنكول الأول، ولا نسلم أن اليمين واجبة مع البذل فلا يكون تاركاً للواجب به، وهذا لأن اليمين تجب عليه إذا طلب تحليفه لتنتهي به الخصومة، ومع البذل لا خصومة ولا طلب فلا تجب، **وإنما جاز** من المكاتب والعبد والصبي المأذون لهما لأن فيه ضرورة فيدخل تحت الإذن في التجارة كما تدخل الضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة للضرورة إذ لا بد للتجار من ذلك، وإنما جاز في الدين بناء على دعوى المدعي، ومعنى البذل ترك المنع وترك المنع جائز في المال لأن أمر المال هين بخلاف الأشياء السبعة، وإنما وجب على القاضي أن يقضي بالنكول بحكم الشرع لما أن المدعي كان له الشيء المدعى ظاهراً، وأبطله المنكر بالنزاع والشرع أبطل نزاعه إلى اليمين فإذا امتنع اليمين عاد الأصل بحكم الشرع، وإنما صح إيجابه في الذمة ابتداء بناء على زعم المدعي أنه محق وأن معنى البذل ترك المنع، ولئن كان بذلاً حقيقة فالمال يجب فيه في الذمة ابتداء كالكفالة والحوالة، وإنما وجب القصاص به فيما دون النفس لأن ما دون النفس يسلك به مسلك الأموال فيجوز بذله إذا كان مفيداً، ألا ترى أنه يجوز له قطع يده المتأكلة للفائدة فكذا يجوز بذله لدفع اليمين عن نفسه، وأي فائدة أعظم منه ولهذا نكل عثمان رضي الله عنه عن الصادقة على ما بينا/ فهذا هو الجواب **عن قولهم** في اليمين: صيانة ماله وعرضه إلى آخره، وإنما يجوز في مشاع يحتمل القسمة لأنه ليس ببدل صريحاً، وإنما صار بذلاً في المعنى على معنى أنه ترك منع وأن المدعي يأخذه محقاً فلا يمتنع بالشيوع، [٢٢ / ٣/١]

إنما يكون في الأعيان اهـ **قوله: (ولأبي حنيفة أنه)** أي النكول اهـ **قوله: (فلا يقضي بها)** الذي بخط الشارح فلا يقضي بها بالنكول اهـ **قوله: (وإنما جاز)** هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره لو كان بذلاً لما ملكه المكاتب وأخواه لأن فيه معنى التبرع وهم لا يملكونه، فأجاب بما ذكر من أنه من ضرورة التجارة اهـ **قوله: (عن قولهم)** كذا بخط الشارح وصوابه

ثم الدعوى في هذه المسائل تتصوّر من أحد الخصمين أيهما كان إلا الحد واللعان والاستيلاد فإنه لا يتصوّر أن يكون المدعي فيها إلا المقذوف **والمولى**، **واختار فخر الإسلام علي البزدوي قولهما للفتوى على ما ذكره في المختصر** واختيار المتأخرين من مشايخنا على أن القاضي ينظر في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنتاً يحلفه أخذاً بقولهما، وإن رآه مظلوماً لا يحلفه أخذاً بقول أبي حنيفة رضي اللّه تعالى عنه، وهو نظير ما اختاره شمس الأئمة في التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم إن رأى من الخصم التعنت وقصد الإضرار بالآخر قبل بغير رضاه وإلا فلا، وذكر الصدر الشهيد رحمه اللّه أن الحدود لا يستحلف فيها بالإجماع إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبده بالزنا، وقال: إن زنيت فأنت حر **فادّعى العبد أنه قد زنى** ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق دون الزنا، **ثم إذا لم يحلف المنكر في النسب** عنده هل تقبل بينة المدّعي ينظر فإن كان نسباً يثبت بالإقرار تقبل بينته، وذلك مثل الولد والوالد، وإن لم يثبت بإقراره لا تقبل بينته مثل الجد وولد الولد والأعمام والإخوة وأولادهم لأن فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى المولى الأعلى أو الأسفل

عن قولهما اهـ **قوله: (والمولى)** لأن المولى لو ادَّعى الاستيلاد يثبت بإقراره، ولا يلتفت إلى إنكارها اهـ **قوله: (واختار فخر الإسلام علي البزدوي قولهما للفتوى)** قال الكاكي: وفي جامع قاضيخان والواقعات والفصول الفتوى على قولهما اهـ **قوله: (على ما ذكره في المختصر)** لم يذكر فيه البزدوي وإنما ذكر القاضي الإمام فخر الدين ومراده قاضيخان فإنه ذكر ذلك في شرح الجامع اهـ وكتب على قوله المختصر: هو متن الكنز اهـ **قوله: (فادَّعى العبد أنه قد زنى إلخ)** ينبغي أن يقول العبد في دعواه أنه قد أتى ما علق عليه عتقي، ولا يقول: إنه قد زنى كيلا يصير قاذفاً مولاه اهـ **قوله: (ثم إذا لم يحلف المنكر في النسب إلخ)** قال في الهداية: وإنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره، قال الإتقاني: يعني يثبت الاستحلاف عند أبي يوسف ومحمد في النسب المجرد بدون دعوى حق آخر، ولكن يشترط أن يثبت النسب بإقرار المقر، أما إذا كان بحيث لا يثبت النسب بإقرار المقر فلا يجري الاستحلاف في النسب المجرد عندهما أيضاً، بيانه أن إقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى لأنه إقرار بما يلزمه، وليس فيه تحميل النسب على الغير، ولا يصح إقراره بما سواهم ويصح إقرار المرأة بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ولايصح بالولد ومن سوى هؤلاء لأن فيه تحميل النسب على الغير إلا إذا صدقها الزوج في إقرارها بالولد، أو تشهد بولادة الولد قابلة قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه في باب الاستحلاف في الادعاء: الأصل في هذا الباب أن المدعي قبله النسب إذا أنكر هل يستحلف إن كان بحيث لو أقر به لا يصح إقراره عليه فإنه لا يستحلف عندهم جميعاً لأن

حيث تقبل، وإن ادّعى أنه معتق جدّه ونحو ذلك، والفرق بينهما أن النسب لايثبت فيهم إلا بواسطة فيكون فيه تحميل على الواسطة، أمّا الولاء فلا يثبت بواسطة بل يجعل في الحكم كأنه هو المعتق ولهذا لا ترث النساء الولاء، ولو كان بواسطة لثبت لهن، **وكذا يكون الولاء للكبر** ولو كان بطريق الإرث لما كان له كما في المال، وكذا لو أعتق عبداً ثم مات المولى عن ابنين ثم مات الابنان أحدهما عن ابن واحد والآخر عن عشرة ثم مات المعتق فإن ماله يقسم بينهم على أحد عشر سهماً يجعل كأنهم أعتقوه، ولو كان بطريق الإرث لكان للابن الواحد النصف، وللعشرة النصف نصيب أبيهم وعندهما يثبت بالنكول إذا كان نسباً يثبت بإقراره وإلا فلا.

قال رحمه اللّه: (**ويستحلف السارق** فإن نكل ضمن ولم يقطع) لأن موجب

اليمين لايفيد، فإن فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلاً أو إقراراً فيقضي عليه، فإذا كان لا يقضي عليه لو أقر فإنه لا يستحلف عندهم جميعاً، وإن كان المدعي قبله بحيث لو أقر به لزمه ما أقر به، فإذا أنكر هل يستحلف على ذلك فالمسألة على الاختلاف عند أبي حنيفة لا يستحلف وعند أبي يوسف ومحمد يستحلف فإن حلف برئ عن الدعوى وإن نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الأصل يخرج مسائل الباب إلى هنا لفظ خواهر زاده، وقال أيضاً: ثم جميع ما ذكرنا أنه لا يمين في النسب إذا وقع الدعوى في مجرد النسب، فأما إذا وقع في النسب والميراث والنفقة وأنكر المدعي قبله فإنه يستحلف عند أبي حنيفة للمال لا للنسب يستحلف باللّه ما له في ذلك المال الذي يدعي حق وعندهما يستحلف للنسب والمال جميعاً، وهذا لأن الدعوى وقع في النسب والمال جميعاً، والمال مما يجري فيه الاستحلاف عندهم جميعاً فيستحلف للمال، وإن كان لا يستحلف للنسب عند أبي حنيفة، وكان الجواب فيه عند أبي حنيفة كالجواب في السرقة عند الكل إذا أنكر السارق فإنه يستحلف للمال باللّه ما له قبلك ضمان هذا المال وإن كان لا يستحلف للقطع لأن الدعوى وقع في الحد والمال جميعاً فيستحلف للمال، وإن كان لا يستحلف للقطع فكذلك هذا اهـ **قوله**: (**وكذا يكون الولاء للكبر**) قال في المصباح: والولاء للكبر بالضم أي لمن هو أقعد بالنسب وأقرب اهـ وفي المغرب وقولهم: الولاء للكبر أي لأكبر أولاد المعتق، والمراد أقربهم نسباً لا أكبرهم سناً يقال: هو كبر القوم أي أقعدهم في النسب وأقربهم إلى الجد الأكبر، وفي الحديث وهو أن يموت الرجل ويترك ابناً وابن ابن فالولاء للابن دون ابن الابن اهـ **قوله في المتن**: (**ويستحلف السارق إلخ**) هذه من مسائل الجامع الصغير في كتاب القضاء وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي اللّه عنه قال: لا يمين في حد إلا لو ادَّعى على رجل سرقة استحلفه فإن أبى أن يحلف ضمنه السرقة، قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف: قال أبو حنيفة رضي اللّه عنه: لا يستحلف في شيء من الحدود لا في الزنا ولا في السرقة ولا القذف ولا شرب الخمر ولا

فعله شيئان الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول فصار نظير ما إذا ثبتت السرقة بشهادة رجل وامرأتين أو بالشهادة على الشهادة، أو بكتاب القاضي إلى القاضي فإن ضمان المال يجب بها دون القطع، ويقول في الاستحلاف: باللّه ما له عليك هذا المال، وعن محمد رحمه اللّه أن القاضي يقول للمدّعي: ماذا تريد فإن قال: أريد القطع، قال له إن الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمينه، فإن قال: أريد المال قال له: دع دعوى السرقة وادّع المال.

قال رحمه اللّه: ﴿**والزوج إذا ادّعت المرأة طلاقاً قبل الوطء فإن نكل ضمن نصف المهر**﴾ أي يستحلف الزوج إذا ادّعت المرأة ذلك وهذا بالإجماع لأن الاستحلاف يجري في المال بالاتفاق لا سيما إذا كان المقصود هو المال، **وكذا في النكاح إذا ادّعت الصداق** أو النفقة لأنه دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله، ولا يثبت النكاح/ [٢٢ ب/٣] **وكذا يستحلف في النسب** إذا ادّعى حقاً **كالإرث والحجر والنفقة** والعتق بسبب الملك

السكر إلا إن طالب المسروق منه بضمان المال استحلفه، فإن نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطعه وذلك لأن الدعوى تتضمن أمرين الضمان والقطع والضمان يستوفى بالنكول فوجب إثبات أحدهما وإسقاط الآخر، وأصل ذلك ما قالوا في شروح الجامع الصغير: أن الاستحلاف شرع للنكول والنكول إما بذل أو إقرار فيه شبهة، وكل ذلك لا يصلح حجة في الحدود ولأن الاستحلاف لاستخراج الحقوق على وجه المبالغة والحدود يحتال لدرئها فلا يتكلف لاستخراجها فلا يشرع اليمين فيها إلا في السرقة لأن المقصود هو المال فيستحلف فيها ويقضى بالمال عند النكول كما يقضي بها بشهادة رجل وامرأتين في المال دون القطع اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: ﴿**والزوج إذا ادَّعت المرأة طلاقاً قبل الوطء**﴾ قال صدر الشريعة: لأنه يحلف في الطلاق إجماعاً اهـ **قوله في المتن**: ﴿**فإن نكل ضمن نصف المهر**﴾ أي في قولهم جميعاً وهذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها فيه في كتاب القضاء، وذلك لأن المقصود من هذه الدعوى هو المال وهو نصف المهر لا التزوّج والاستحلاف يجري في المال اهـ غاية. **قوله**: ﴿**وكذا في النكاح إذا ادَّعت الصداق**﴾ يعني إذا كان مع النكاح دعوى المال يجري الاستحلاف بالاتفاق، لأن المقصود هو المال ثم بالنكول يثبت المال ولا يثبت النكاح لأن البذل يجري في الأول دون الثاني اهـ إتقاني. **قوله**: ﴿**وكذا يستحلف في النسب إلخ**﴾ يعني إذا ادَّعى في النسب حقاً آخر سوى النسب كالمسائل المذكورة يستحلف بالاتفاق وإن كان لا يستحلف عند أبي حنيفة في دعوى النسب المجرد اهـ إتقاني. **قوله**: ﴿**كالإرث**﴾ بأن ادَّعى على شخص أنه أخوه لأبيه وإن أباهما مات وترك مالاً في يد المدعى عليه فإنه يستحلف على النسب بالاتفاق فإن حلف برئ، وإن نكل يقضي

وامتناع الرجوع في الهبة فإن نكل ثبت الحق ولا يثبت النسب إن كان نسباً لا يصح الإقرار به، وإن كان يصح الإقرار به فعلى الخلاف الذي ذكرنا.

قال رحمه الله: ﴿**وجاحد القود** فإن نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتص﴾ أي **يستحلف جاحد القصاص** فإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر ولا يقتص منه، وفيما دون النفس يقتص منه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يجب عليه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما لأن في امتناعه عن اليمين احتمالاً يحتمل لأجل الترفع على ما بينا فلا تجب به العقوبة كالحدود فإذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه الأرش بخلاف ما إذا أقام على ذلك رجلاً وامرأتين حيث لا يقضي فيه بشيء، وكذا بالشهادة على الشهادة فيه لا يقضي بشيء لأن القصاص سقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شيء، وفي النكول لمعنى من جهة من عليه فيصار إلى الأرش، ونظيره إذا أقر بالقتل خطأ والولي يدعي العمد تجب الدية، وبالعكس لا يجب شيء بخلاف الضمان في السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامرأتين وأمثاله كما يجب بالنكول، لأن المال فيه أصل ثم يتعدّى إلى الحد فإذا قصر يبقى الأصل على حاله، وهنا الأصل القصاص ثم يتعدى إلى المال إذا وجد شرطه، ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال حتى أبيح قطعها للحاجة **ولا يجب على القاطع الضمان إذا قطعها بأمره** بخلاف النفس،

بالمال دون النسب اهـ **قوله**: ﴿**والحجر**﴾ بأن التقط رجل صبياً لا يعبر عن نفسه فادَّعت امرأة أنه أخوها تريد قصر يد الملتقط وأخذه بالحضانة وأنكر الملتقط ذلك، فإن نكل ثبت لها حق نقل الصبي إلى حجرها ولا يثبت النسب اهـ **قوله**: ﴿**والنفقة**﴾ أي إذا قال المدعي وهو زمن أنه أخو المدعى عليه فافرض لي النفقة وأنكر المدعى عليه أن يكون هذا أخاه فإنه يستحلف على النسب فإن حلف برئ، وإن نكل يقضي بالنفقة دون النسب اهـ **قوله**: ﴿**وامتناع الرجوع في الهبة**﴾ صورته ما إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له: أنا أخوك فأنكر الواهب فإنه يستحلف فإن نكل ثبت الامتناع ولم تثبت الأخوة اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: ﴿**وجاحد القود**﴾ قال الإتقاني: وهذا في دعوى القتل على واحد من غير أهل المحلة، وفيه يبرأ باليمين الواحدة ولا يجب شيء آخر بعد ذلك، فأما إذا كان دعوى القتل على أهل المحلة أو على بعضهم ففيه القسامة والدية جميعاً، وسيجيء في باب القسامة من كتاب الديات تمام البيان ثم اعلم أنه إذا ادَّعى القصاص في النفس أو في الطرف يحلف بالاتفاق، فإن حلف برئ وإن نكل يقتص في الطرف ولا يقضي بشيء في النفس ولكن يحبس حتى يقر أو يحلف أو يموت جوعاً وعندهما يقضي بالمال في النفس والطرف جميعاً اهـ **قوله**: ﴿**يستحلف جاحد القصاص**﴾ أي بالإجماع اهـ **قوله**: ﴿**ولا يجب على القاطع**

فإنه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص في رواية والدّية في أخرى، فإذا سلك بها مسلك الأموال يجري فيها البذل كالأموال إلا أنه لا يجوز قطعها بلا فائدة، وهذا البذل مفيد لقطع الخصومة فصار كقطع اليد للأكلة وقلع السن للوجع، وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس فيه كما في القسامة.

قال رحمه اللّه: (ولو قال المدعي: لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وقال أبو يوسف رحمه اللّه: يستحلف ومحمد مع أبي حنيفة في رواية ومع أبي يوسف في أخرى، وهذا الخلاف فيما إذا كانت حاضرة في المصر وإن كانت خارج المصر يحلف بالإجماع، وإن كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالإجماع، لأبي يوسف رحمه اللّه أن اليمين حقه بالحديث الذي روينا وله غرض صحيح في الاستحلاف، وهو أن يدفع به مؤنة المسافة ويتوصل إلى حقه في الحال بإقراره أو نكوله، وفي البينة احتمال فلعلها لا تقبل فيجيبه إذا طلبه كما إذا كانت خارج المصر، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة على ما روينا، فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس بخلاف ما إذا كانت خارج المصر لأنه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهود فيكون عاجزاً، ولأن في استحلافه مع حضور الشهود هتك المسلم، إذا أقام البينة بعد ما حلف فيجب أن يتوقاه.

قال رحمه اللّه: (**وقيل لخصمه: أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام**) كيلا يضيع حقه بتغيبه نفسه، وفيه نظر للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لأن الحضور واجب عليه إذا طلبه لما تلونا حتى يعدى عليه، ويشخص/ إلى القاضي ويحال بينه [٢٣/٣/أ] وبين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره بمجردّ الدعوى كاستحلافه بمجرّد الدعوى، ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروفاً بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فائدة التكفيل، وهذا استحسان والقياس أن لا يلزم التكفيل لأن الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد إقامة البينة، والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة رحمه اللّه وهو الصحيح، وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه مقدر بما بين مجلسي القاضي حتى إذا كان يجلس في كل يوم يكفل إلى اليوم الثاني، وإن كان يجلس في كل عشرة أيام

الضمان إذا قطعها بأمره) أي إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة يعني إذا قطع يد من قال: اقطع يدي لا يجب الضمان ولكن لا يباح القطع لعدم الفائدة، كما إذا قال لغيره: اخرق ثوبي أو أتلف مالي لا يباح له لعدم الفائدة اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وقيل لخصمه أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام)** أي إذا كان المطلوب من أهل المصر وهذا هو مراد المصنف رحمه اللّه يدل عليه قوله بعد ولو كان غريباً إلخ اهـ **قوله: (وفيه)** أي في إعطاء الكفيل نظر للمدعي وهذا

يوماً يكفل إلى عشرة أيام، **ولا فرق في الظاهر** بين الوجيه والخامل وبين الحقير من المال **والخطير** وعن محمد رحمه اللّه أنه إن كان معروفاً والظاهر من حاله أنه لا يخفي نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على إعطاء الكفيل، وكذا لو كان المدَّعى حقيراً لا يخفي الإنسان نفسه لأجله لا يجبر على التكفيل، لكن إذا أعطى هو باختياره يوخذ منه، وهذا إذا قال: لي بينة حاضرة، وإن قال: ليس لي بينة أو شهودي غيب لا يؤخذ منه كفيل لعدم الفائدة في التكفيل، لأن الغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب آتياً، ويمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل.

قال رحمه اللّه: (**فإن أبى لازمه**) أي دار معه (حيث سار) أي إن أبى أن يكفل لا يجبره القاضي على التكفيل بل يأمره بملازمته مقدار مدّة التكفيل على القولين حتى لا يغيب.

قال رحمه اللّه: (**ولو**) **كان** (**غريباً** لازمه مقدار مجلس القاضي) أي إلى أن

هو وجه الاستحسان اهـ **قوله**: (**ولا فرق في الظاهر**) أي في ظاهر الرواية اهـ **قوله**: (**والخطير**) لأن إعطاء الكفيل لما كان مستحقاً عليه لايقع الفرق بينهما إذا كان معروفاً، أو لم يكن أو كان المال خطيراً أو حقيراً كاليمين اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**فإن أبى لازمه**) قال في الفتاوى الصغرى في مسائل العدوي: المدعي إذا طلب من القاضي أن يأخذ من المدعى عليه كفيلاً، وأبى المدعى عليه إعطاء الكفيل فالقاضي يأمر المدعي بملازمته، ثم قال: وتفسير الملازمة[1]. **قوله في المتن**: (**ولو كان غريباً إلخ**) قال الإتقاني: وأما إذا كان المطلوب غريباً لا يجبر على إعطاء الكفيل ولكن إن أعطى كفيلاً بنفسه مختاراً يقبل ذلك منه، وإن لم يعط لا يجبر على ذلك وذلك لأن الكفيل يمنعه من السفر والذهاب (فرع) ذكر في الواقعات الحسامية[2] في كتاب أدب القاضي في الباب المعلم بعلامة الواو: إذا شك الرجل فيما يدعى عليه ينبغي أن يرضي خصمه بشيء ويصالحه ولا يعجل باليمين احترازاً عن الوقوع في الحرام وهو اليمين الكاذبة، وإن أبى الخصم إلا أن يحلفه فإن كان أكبر رأيه أنه ليس على الحق وسعه ذلك ونذكر هنا نبذاً من مسائل ذكرها الخصاف في أواخر كتاب الحيل إن قال: كل امرأة لي طالق ونوى كل امرأة أتزوّجها باليمن أو بالهند أو بالسند أو في بلد من البلدان له نيته في ذلك ولا يحنث، وقال: إن ابتدأ اليمين باللّه يحتال ويقول: هو اللّه يدغم ذلك حتى لايفهم المستحلف فإن قال المستحلف إنما أحلفك بما أريد وقل: أنت نعم كلما أوقعت أنا كيف يحتال في ذلك، وقد كتب اليمين في كتاب

---

(١) هكذا في الأصل بياض.

(٢) هو المسمى بالأجناس للصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز البخاري الحنفي المتوفى سنة (٥٣٦هـ)، انظر كشف الظنون (٢/١٩٩٨).

يقوم من مجلسه لأنه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يزاد عليه ولا ضرر في هذا القدر ظاهراً، وكذا إذا أخذ منه كفيل لا يؤخذ منه إلا مقدار مجلس الحاكم لما ذكرنا، وله أن يطلب التوكيل بخصومته حتى لو غاب الأصيل يقيم البينة على الوكيل

ويريد أن يستحلفه بالله والطلاق والعتاق والمشي وصدقة ما يملك، قال: نعم وينوي بنعم من النعم أي من الأنعام فإذا أجابه بنعم ينوي نعماً من الأنعام لم يكن عليه شيء، وكذلك إن قال: نساؤك طوالق ونوى نساءه العور أو العميان أو العرجان أو المماليك أو اليهوديات أو النصرانيات، ويقصد إلى صفة من تلك الصفات التي ذكرناها وكذلك المماليك وجميع ما يملك من نوع من تلك الأنواع التي ذكرناها يقصد بنيته إلى ما شرحت لك فيكون له نيته ولا يحنث، وقال: إن كان يستحلف على فعل مضى وأراد أن يحلف له أنه لم يفعل كذا وكذا وأحضر المملوك قال: يضع رأسه على رأس المملوك وظهره، ويقول: هذا حر يعني ظهره حر إن كان فعل كذا وكذا، ولا يعتق المملوك وإن حلف بعتق المملوك أنه لم يفعل كذا يعني لم أفعل ذلك الشيء بمكة أو في المسجد الحرام أو في مسجد الرسول ﷺ أو في بلد من البلدان وينوي ذلك فلا يحنث إن كان مر فعل ذلك الشيء في غير ذلك الموضع الذي نوى وقصد، وإن حلف بطلاق امرأته قال: يقول: امرأتي طالق ثلاثاً وينوي عملاً من الأعمال مثل الخبز والغسل أو طالق من وثاق، وينوي بقوله: ثلاثاً ثلاثة أيام أو ثلاثة أشهر أو ثلاث جمع فلا يكون عليه في ذلك حنث قال: قلت: أرأيت سلطاناً بلغه عن رجل كلام فأراد أن يحلف الرجل على ذلك الكلام الذي بلغه، فما الوجه فيه قال الوجه: فيه أن يقول الرجل: الذي استحلف ما الذي بلغك عني فإذا قال: بلغني عنك أنك قلت كذا وكذا وحكى الكلام، فإن شاء حلف له بالعتاق والطلاق أنه ما قال هذا الكلام الذي حكاه هذا ولا سمع به إلا الساعة، يعني ما تكلم بهذا الكلام الذي حكاه ولا سمع به بهذا الكلام بعينه قبل الساعة فلا يكون عليه إثم، وإن شاء نوى في الطلاق والعتاق ما شرحناه، وإن شاء حلف أنه لم يتكلم بهذا الكلام بالكوفة أو بالبصرة أو في اليمن أو في بلد من البلدان غير البلد الذي كان تكلم بهذا فيه، ونوى بالليل إن كان تكلم بالنهار، وإن تكلم بالليل نوى أنه لم يتكلم بالنهار أو نوى في دار فلان أو في المسجد الجامع أو في شهر رمضان وما أشبه ذلك والباقي يعلم في كتاب الحيل اهـ إتقاني رحمه الله. (فرع آخر) قال الإتقاني رحمه الله: ورأيت في محيط شمس الأئمة الحلواني واستحلاف الأخرس أن يقول القاضي: عليك عهد الله إن كان لهذا عليك هذا الحق، ويشير الأخرس برأسه أي نعم ولا يستحلف بالله ما لهذا عليك حق فيشير الأخرس برأسه أي نعم لأن الإشارة من الأخرس إذا كانت معروفة من النفي والإثبات بمنزلة العبارة من النطق في سائر الأحكام فكذا في حق الحلف، والقاضي لو استحلف الناطق بالله ما لهذا عليك ألف درهم فقال: نعم لا يكون يميناً لأنه يصير كأنه قال: احلف، وذلك لايكون يميناً فكذلك الأخرس ولو قال: عليك

فيقضي عليه، وإن أعطاه وكيلاً فله أن يطالب بالكفيل بنفس الوكيل، وإن أعطاه كفيلاً بنفس الوكيل فله أن يطالبه بالكفيل بنفس الأصيل إن كان المدعى ديناً لأن الدين يستوفى من ذمة الأصيل دون الوكيل ولو أخذ كفيلاً بالمال فله أن يطالب كفيلاً بنفس الأصيل لأن المقصود الاستيفاء وقد يكون من الأصيل أيسر، وإن كان المدعى منقولاً فله أن يطالبه مع ذلك كفيلاً بالعين ليحضرها، ولا يغيبها المدعى عليه وإن كان المدعى عقاراً لا يحتاج إلى ذلك لأنه لا يقبل التغييب.

قال رحمه الله: (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق إلا إذا ألح الخصم) لما روى ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمر وهو يحلف بأبيه فقال: «إن الله تعالى ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت»[١] رواه البخاري ومسلم وأحمد. وفي لفظ قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله أو ليصمت وكانت قريش تحلف بآبائها فقال: لا تحلفوا بآبائكم»[٢] رواه أحمد ومسلم والنسائي. وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تحلفوا إلا بالله ولا تحلفوا إلا وأنتم صادقون»[٣] رواه النسائي. وهذا الحديث بإطلاقه يمنع الحلف بالطلاق والعتاق، وقال بعضهم: يسوغ للقاضي أن يحلفه بهما إذا ألح الخصم لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى في زماننا، لكن إذا نكل لايقضي عليه بالنكول لأنه امتنع عما هو منهي عنه شرعاً، **ولو قضى عليه بالنكول لاينفذ**، ولو طلب/ [٢٣ ب/٣] المدّعى عليه تحليف الشاهد أو المدعي أنه لا يعلم أن الشاهد كاذب لا يجيبه القاضي لأنا أمرنا بإكرام الشهود والمدعي لايجب عليه اليمين لا سيما إذا أقام بينة.

قال رحمه الله: (وتغلظ بذكر أوصافه) أي تؤكد اليمين بذكر أوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادّعاه وهو كذا وكذا، ولا شيء منه لأن أحوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن

عهد الله فقال: نعم يكون يميناً لأنه يصير كأنه قال: عليّ عهد الله إن كان لهذا عليَّ كذا اهـ **قوله في المتن: (وعتاق)** أي وحج اهـ غاية. **قوله: (ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ)** كذا في

---

(١) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور (٦٦٤٦)، ومسلم في الأيمان (١٦٤٦)، والترمذي في النذور والأيمان (١٥٣٤)، وأبو داود في الأيمان والنذور (٣٢٤٩)، وابن ماجه في الكفارات (٢٠٩٤)، وأحمد في مسنده (٦٢٥٢).

(٢) أخرجه البخاري في المناقب (٣٨٣٦)، ومسلم في الأيمان (١٦٤٦)، والنسائي في الأيمان والنذور (٣٧٦٤).

(٣) أخرجه النسائي في الأيمان والنذور (٣٧٦٩)، وأبو داود في الأيمان والنذور (٣٢٤٨).

اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك وله أن يزيد على هذا إن شاء، وله أن ينقص عنه إلا أنه يحتاط **ويحترز عن عطف بعض الأسماء** على البعض كيلا يتكرر عليه اليمين ولو أمر بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضي عليه بالنكول، لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها ولو لم يغلظ جاز، وقيل: لا يغلظ عن المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل: يغلظ في الخطير من المال دون الحقير، ولو غلظ عليه فحلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضي عليه بالنكول، لأن المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل.

قال رحمه الله: (لا بزمان ومكان) أي لا يؤكد عليه اليمين بزمان ولا بمكان، وقال الشافعي رحمه الله: إن كانت اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم يبلغ مائتي مثقال تغلظ بالمكان فيحلف بين الركن والمقام إن كان بمكة، وعند قبر النبي ﷺ إن كان في المدينة وعند الصخرة إن كان في بيت المقدس، وفي الجوامع في غيرها فإن لم يكن ففي المساجد ويكون ذلك في يوم الجمعة بعد العصر، ولنا إطلاق قوله ﷺ: «اليمين على من أنكر»[1] والتخصيص بالمكان والزمان زيادة على النص وهو نسخ ولأن المقصود تعظيم المقسم به، وهو يحصل بدون ذلك، ولأن فيه حرجاً على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ولأن فيه تأخير حق المدعي في اليمين فلا يشرع، ولأنه أحد ما تنقطع به الخصومة فلا يختص بهما كالبينة.

قال رحمه الله: (**ويستحلف اليهودي بالله** الذي أنزل التوراة **على موسى**) عليه

الخلاصة اهـ **قوله: (ويحترز عن عطف بعض الأسماء)** أي فإنه متى حلفه بالله تعالى الرحمن الرحيم يكون يميناً واحدة فإذا حلفه بالله والرحمن والرحيم يكون ثلاثة أيمان، والمستحق عليه يمين واحدة فيراعي القاضي هذا اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ويستحلف اليهودي بالله إلخ)** قال أبو حنيفة: أهل الذمة وأهل الإسلام والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر والمرأة فيما ادَّعوا أو ادَّعي عليهم سواء، أما الذمي فإنه لا يفارق المسلم في أحكام المعاملات لأنهم محمولون على أحكامنا إلا ما استثني بعقد الأمان، وأما العبد فلأنه ممن يصح إقراره فجاز أن يستحلف وكذلك الصبي التاجر على أصلنا إذ الإذن في التجارة له جائز فيصير كالعبد المأذون، والمكاتب في يد نفسه فهو في باب المعاملات كالحر والمرأة لا تفارق الرجال في باب التصرف فجريا مجرى واحداً إلى هنا لفظ القدوري، وقال في شرح الطحاوي: ويستحلف النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى، ولا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وعند محمد بالله الذي خلق النار إلى هنا لفظ الإمام الإسبيجابي في شرح

---

(١) تقدم تخريجه.

الصلاة والسلام (والنصراني باللّه الذي أنزل الإنجيل **على عيسى**) عليه الصلاة والسلام (والمجوسي باللّه الذي خلق النار والوثني باللّه) لقوله عليه الصلاة والسلام: لابن **صوريا** الأعور اليهودي «**أنشدك** باللّه الذي أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام أن حكم الزنا في كتابكم هذا»(١) ولأن أهل الكتاب يعتقدون نبوّة نبيهم فيؤكد عليهم بذكر المنزل على نبيهم والمجوسي يعتقد تعظيم النار فيؤكد عليه **بذكر خالقها** والوثني وهو الذي يعبد غير اللّه تعالى يعتقدأن اللّه خالقه، وإنما يشرك مع اللّه تعالى غيره، قال اللّه تعالى: ﴿ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن اللّه﴾ [لقمان: ٢٥]، وعن أبي حنيفة رحمه اللّه أنه لا يحلف أحد إلا باللّه تعالى خالصاً احترازاً عن إشراك غيره في التعظيم مع اللّه تعالى وذكر الخصاف أنه لا يحلف غير اليهودي والنصراني إلا باللّه تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لأن في ذكر النار في اليمين تعظيماً لها لأن اليمين تشعر بذلك، ولا ينبغي أن يعظم النار بخلاف التوراة والإنجيل لأن كتب اللّه تعالى واجب التعظيم وما ذكره هنا هو المذكور في الأصل فكأنه وقع عند محمد رحمه اللّه أنهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعائر ولا يعبدونها حقيقة.

الطحاوي وقال في الأجناس: قال في المجرد: قال أبو حنيفة: إن لم يتهمه القاضي اقتصر على قوله: باللّه الذي لا إله إلا هو وإن اتهمه حلفه باللّه الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور في حق المسلمين، وأما في حق اليهود يحلف باللّه الذي أنزل التوراة على موسى، وفي حق النصارى باللّه الذي أنزل الإنجيل على عيسى بن مريم وإن كان مجوسياً باللّه الذي خلق النار ويحلف غيرهم من أهل الشرك باللّه تعالى ولا يحلف في كنيسة اليهود ولا بيعة النصارى ولا ببيت نار المجوس وإنما يستحلفه عند القاضي ونقله عن أدب القاضي، والأصل أن فائدة اليمين النكول الذي هو إقرار أو بذل، والكافر يصح منه الإقرار والبذل فيتوجه عليه اليمين كما في المسلم اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (على موسى)** أي لأنه يقرّ بنبوّة موسى ويعتقد الحرمة له اهـ إتقاني. **قوله: (على عيسى)** أي لأن النصراني يقر بنبوّة عيسى ويعتقد الحرمة له، وإن اختلفوا فيما بينهم أنه ابن اللّه والمسيح هو اللّه، وثالث ثلاثة فيمتنع من الإقدام على اليمين الكاذبة اهـ إتقاني. **قوله: (صورياً)** بالقصر اسم أعجمي اهـ غاية. **قوله: (أنشدك)** أي أسألك اهـ **قوله: (بذكر خلقها)** كذا بخط الشارح وفي بعض الشروح بذكر خالقها اهـ (فرع) قال في شرح الأقطع: وأما الصابئة فإن كانوا يؤمنون

---

(١) أخرجه مسلم في الحدود (١٧٠٠)، وأبو داود في الحدود (٤٤٥٠)، وابن ماجه في الحدود (٢٥٥٨).

قال رحمه اللّه: (ولا يحلفون في بيوت عباداتهم) لأن فيه تعظيمها والقاضي ممنوع من حضورها مع ما عليه من الحرج/ وهو مدفوع عنه أيضاً. [٢٤ أ/٣]

قال رحمه اللّه: (ويحلف على الحاصل أي **باللّه ما بينكما نكاح قائم** وبيع قائم وما يجب عليك ردّه، وما هي بائن منك **الآن** في دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق) ولا يقال: باللّه ما نكحت ولاباللّه ما بعت ولا باللّه ما غصبت ولا باللّه ما طلقت، لأن هذه الأشياء قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق والإقالة والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب فيحلفه على الحاصل، كيلا يتضرر المدعى عليه لأنه لو أقرّ بالسبب ثم ادَّعى طروّ الرافع لا يقبل منه فيحتال بهذا الطريق إذ لا ضرر فيه على المدعي، لأن المقصود من الأسباب أحكامها فيحلف على نفيها لا على نفي السبب، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه وقال أبو يوسف رحمه اللّه: يحلف على السبب لأن اليمين حق المدعي فيحلف على وفق دعواه، والمدعي هو السبب إلا إذا عرض المدعى عليه بأن قال: قد وقع البيع ثم تقايلنا ونحو ذلك فإنه حينئذٍ يحلفه على الحاصل نظراً له كي لا يفوت حقه، وعنه أنه ينظر إلى إنكار المدعى عليه **فإن أنكر السبب** يحلف عليه، **وإن أنكر الحكم** بحلف على الحاصل، وقال فخر الإسلام: يفوّض إلى رأي القاضي وهذا الخلاف فيما إذا كان السبب يرتفع برافع وليس في تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعي، فإن كان سبباً لا يرتفع برافع فإنه يحلف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادَّعى العتق على مولاه بخلاف الأمة والعبد الكافر لأن الرق يتكرر عليهما بالارتداد ونقض العهد **ثم الالتحاق بدار الحرب** ولا يتكرر على العبد المسلم إذ لا يقبل منه إلا الإسلام أو السيف عند ارتداده، وكذا إذا كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعي مثل أن يدعي شفعة بالجوار والمدعى عليه لا يراها ومثل أن تدعي المبتوتة النفقة والزوج لا يراها فإنه يحلف حينئذٍ على السبب بالإجماع لأن في تحليفه على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي إذ هو يحلف بناء على اعتقاد فيبطل حق المدعي.

قال رحمه اللّه: (**وإن ادَّعى شفعة** بالجوار أو نفقة المبتوتة **والمشتري أو الزوج لا**

بإدريس عليه السلام استحلفوا بالذي أنزل الصحف على إدريس عليه السلام، وإن كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالذي خلق الكواكب اهـ إتقاني. **قوله**: (**باللّه ما بينكما نكاح قائم**) قال الإتقاني: وهذا على مذهبهما لأن الاستحلاف لا يجري في النكاح عند أبي حنيفة اهـ **قوله**: (**الآن**) قيد في جميع ما تقدم وليس مختصاً بالمسألة الأخيرة اهـ **قوله**: (**فإن أنكر السبب**) أي بأن قال: ما استقرضت ما غصبت اهـ **قوله**: (**وإن أنكر الحكم**) أي بأن قال: ليس له عليّ هذا المال، ولا شيء منه اهـ **قول**: (**ثم الالتحاق بدار الحرب**) أي والسبي بعد

يراهما يحلف على السبب) لما ذكرنا فحاصله أن التحليف على الحاصل هو الأصل عندهما إلا إذا أدّى إلى الإضرار بالمدعي أو كان سبباً لا يتكرر فحينئذٍ يحلف على السبب، وعند أبي يوسف التحليف على السبب هو الأصل إلا إذا عرض فحينئذٍ يحلف على الحاصل لما بينا.

قال رحمه اللّه: (وعلى العلم لو ورث عبداً فادَّعاه آخر) أي يحلف على العلم إذا ورث عبداً، وادَّعى آخر أنه له ولا يحلف على البتات لأن الوارث لا يعلم بما فعل المورّث فيمتنع عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر وهو محق ظاهراً فلا يصار إليه دفعاً للضرر عنه.

قال رحمه اللّه: (وعلى البتات لو وهب له أو اشتراه) يعني يحلف على البتات إن كان ملكه بالهبة له أو بشرائه إياه لأن الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار المالك **ومباشرته**، ولو لم يعلم أنه ملك للمملك له لما باشر السبب ظاهراً فيحلف على العلم، وهذا لأن الملك باختياره لا يكون إلا بعد التفحص ظاهراً فيطلق له الحلف على البتات، فإذا امتنع عما أطلق له يكون باذلاً، أما الوارث فإنه لا اختيار له في الملك، ولا يدري ما فعل المورّث فلم يوجد ما يطلق له اليمين على المبتات، ولأن الوارث خلف عن الميت واليمين لا تجري فيها النيابة فلا يحلف على البتات، والمشترى والموهوب له أصل بنفسه فيحلف عليه، والأصل فيه أن اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم/ ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البتات، ألا ترىَ أنه عليه الصلاة والسلام: « حلف اليهودي باللّه ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً » فحلفهم على البتات في الأول لأنه فعلهم، وفي الثاني على العلم لأنه فعل غيرهم، قال الحلواني: هذا الأصل مستقيم في المسائل كلها إلا في الرد بالعيب فإنه إذا ادَّعى المشتري أن العبد آبق ونحو ذلك فأراد المشتري تحليف البائع فإنه يحلفه

[٢٤ ب/٣]

ذلك اهـ **قوله في المتن: (وإن ادَّعى شفعة إلخ)** قال القدوري: في شرح كتاب الاستحلاف، روي أن رجلاً ادَّعى على رجل عند إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة، أنه اشترى داراً في جواره وأنه يطالب بالشفعة فيها وأنكر المدعى عليه الشراء، فأراد إسماعيل أن يستحلفه باللّه ما اشتريت فقال: قد يشتري الإنسان ويسقط الشفيع شفعته، فأراد استحلافه باللّه ما له عليك شفعة في هذه الدار في الحال فقال المدعي: إن هذا يعتقد أن شفعة الجوار غير واجبة فإن استحلفته تأوّل ذلك فقال إسماعيل للمدعى عليه إن كان الأمر على ما يدعي من الشراء فقد حكمت عليك بالشفعة ثم استحلفه باللّه ما يستحق عليك شفعة في هذه الدار في الحال، فامتنع من اليمين اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (والمشتري أو الزوج لا يراهما)** أي كما إذا كان الزوج أو المشتري شافعي المذهب اهـ **قوله: (ومباشرته)** خرج بهذا الإرث فإنه

على البتات مع أنه فعل غيره، وإنما كان كذلك لأن البائع ضمن تسليم المبيع سالماً عن العيوب فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات، ولأنه إنما يكون الحلف على فعل الغير على العلم إذا قال المنكر لا علم لي بذلك، وأما إذا ادَّعى العلم فيحلف على البتات، ألا ترى أن المودع إذا قال: إن الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات، وكذا الوكيل بالبيع **إذا ادَّعى قبض الموكل الثمن** فإنه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك، ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبراً حتى لا يقضي عليه بالنكول، ولا يسقط اليمين عنه، وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضي عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقاً بخلاف العكس.

قال رحمه اللّه: (**ولو افتدى المنكر** يمينه أو صالحه منها على شيء صح ولم يحلف بعده) لما روي أن عثمان رضي اللّه تعالى عنه ادعي عليه أربعون درهماً فأعطى شيئاً وافتدى يمينه، ولم يحلف فقيل: ألا تحلف وأنت صادق فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال: هذا بسبب يمينه الكاذبة **وقيل**: **كان له على مقداد** بن الأسود سبعة آلاف درهم أقرضها إياه فقضاه منها أربعة آلاف فترافعا إلى عمر رضي اللّه تعالى عنه فلم يحلف، ولأن بالافتداء صيانة عرضه وهو مستحسن عقلاً وشرعاً وقال عليه الصلاة والسلام: «ذبوا عن أعراضكم بأموالكم»[1]. وقال علي كرم اللّه وجهه: إياك وما يقع عند الناس إنكاره **وإن كان عندك اعتذاره**، ولأن المنكر يدفع به

سبب موضوع للملك لكن ليس باختيار المالك ومباشرته اهـ **قوله**: (**إذا ادَّعى قبض الموكل الثمن**) أي وأنكر الموكل يحلف الوكيل باللّه لقد قبض الموكل اهـ **قوله في المتن**: (**ولو افتدى المنكر إلخ**) هذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها في كتاب القضاء، قال الإتقاني: وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يدعي عليه المال فيفتدي يمينه بعشرة دراهم، قال: جائز وليس للمدعي أن يستحلفه على ذلك اليمين بعد ذلك وكذلك إن صالحه من يمينه علي عشرة دراهم، أما جواز الافتداء فلما إلخ[2] وكتب ما نصه فالافتداء قد يكون بمال مثل المدعى أو أقل من المدعى والصلح إنما يكون على أقل من المدعى في الغالب لأن الصلح ينبئ عن الحطيطة، وكلاهما مشروع وهي مسألة الصلح على الإنكار فيجوز عندنا ومالك وأحمد ولا يجوز عند الشافعي رحمهم اللّه اهـ **قوله**: (**وقيل: كان على مقداد**) كان لعثمان على المقداد سبعة آلاف درهم، فادَّعى أنه أوفاها

---

(١) ذكره ابن علي في الكامل (٢/٣٦٤)، وابن حجر في لسان الميزان (٢/٣١٣).
(٢) هكذا في الأصل بياض.

الخصومة وتهمة الكذب عن نفسه والمدعي يأخذه على أنه حقه أو عوض عنه فيجوز وإن لم يكن الحق مالاً كالقصاص، وجاز أن يكون لعقد واحد جهتان كمن أقرّ بحرّية عبد ثم اشتراه فما يعطي من الثمن بدل ملك الرقبة في زعم البائع، وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد، وكما في الصلح عن الإنكار فإنه بدل حقه في حق المدعي ولافتداء اليمين وقطع الخصومة في حق المنكر، ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الصلح والفداء لا يكون له أن يستحلفه بعد ذلك أبداً، بخلاف ما إذا اشترى يمينه بمال حيث لا يجوز لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال **واليمين ليست بمال** فبطل وبقي حقه في اليمين على حاله والله أعلم.

باب التحالف

قال رحمه الله: (**اختلفا في قدر الثمن أو المبيع** قضى لمن برهن) أي لمن أقام البينة لأنه نوّر دعواه بالبينة إذ البينة مبينة كاسمها فبقي في الجانب الآخر مجرّد الدعوى، والبينة أقوى منها إذ هي متعدّية حتى توجب القضاء على القاضي فلا يعارضها مجرّد الدعوى.

قال رحمه الله: (**وإن برهنا فلمثبت الزيادة**) أي إذا أقام كل واحد منهما بينة، كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البينات شرعت للإثبات ولا معارضة في قدر ما اتفقا عليه ولا في الزيادة فيجب كله، **ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعاً** فبينة البائع أولى في الثمن وبينة/ [٢٥ أ/٣] **المشتري أولى في المبيع** لما ذكرنا، **وفي النهاية**: إذا قال البائع:

لعثمان رضي الله عنهما اهـ **قوله**: (**وإن كان عندك اعتذاره**) تمامه فليس كل سامع نكراً تستطيع أن توسعه عذراً اهـ **قوله**: (**واليمين ليست بمال**) ذكره قاضي خان والمرغيناني والمحبوبي اهـ معراج.

باب التحالف

قوله في المتن: (**اختلفا في قدر الثمن أو المبيع**) أي فادّعى أحدهما ثمناً، وادّعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادّعى المشتري أكثر منه اهـ هداية. **قوله في المتن**: (**وإن برهنا فلمثبت الزيادة**) يعني ادّعى المشتري أنه اشترى هذه العين بعشرة، وادّعى البائع أنه باعها بخمسة عشر وأقام كل واحد بينة على دعواه أو ادّعى المشتري أنه اشترى الكرين بعشرة وادّعى البائع أنه باع الكر بعشرة، وأقام كل واحد منهما بينة على ما ادّعى فالبينة المثبتة للزيادة أولى اهـ غاية. **قوله**: (**ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعاً**) أي في

بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري: اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها تثبت الحق له فيه، **والأخرى تنفيه** والبينة للإثبات دون النفي.

قال رحمه اللّه: (وإن عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا) أي: إن عجزا عن إقامة البينة، ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه، بعدما قيل لكل واحد منهما إمّا أن ترضى بما قاله صاحبك **وإلا فسخنا البيع عليك** تحالفا، وإنما يقول له ذلك لأن المقصود قطع المنازعة وهذا طريق فيه فلعلهما برغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به إذا علما ذلك.

قال رحمه اللّه: **(وبدئ بيمين المشتري) وهو قول محمد وزفر** رحمهما اللّه وأبي يوسف آخراً ورواية عن أبي حنيفة رحمه اللّه وهوالصحيح لأن المشتري أشدّهما إنكاراً إذ هو المطالب بالثمن أوّلاً فينكر عند المطالبة فيكون بادئاً بالإنكار وعند نكوله يطالب بالثمن كما نكل من غير تأخر فيتعجل به فائدة اليمين وهو الإقرار أو البذل عند النكول وبنكول البائع تتأخر الفائدة لأن تسليم المبيع يتأخر إلى زمان تسليم الثمن لأنه يمسك المبيع حتى يستوفي الثمن فكان ما يتعجل به فائدته أولى **وعن أبي يوسف أنه يبدأ بيمين البائع** لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المبايعان فالقول ما قاله البائع»[1] خصه بالذكر فكان ينبغي أن يكتفي بيمينه فإن تقاصر عن

قدرهما اهـ **قوله: (وبينة المشتري أولى في المبيع)** صورته ما قال في الشامل في قسم المبسوط قال البائع: بعتك هذه الجارية وحدها بمائة دينار، وقال المشتري: لا بل مع هذا العبد بخمسين وأقاما البينة يقضي بهما جميعاً للمشتري بمائة دينار لأن كل واحد منهما أثبتت بينته زيادة فتقبل في حق تلك الزيادة اهـ غاية. **قوله: (وفي النهاية إلخ)** هذا الفرع وقع الاختلاف فيه في جنس الثمن اهـ **قوله: (والأخرى تنفيه)** أما حق المشتري فثابت في الجارية باتفاقهما فلم تثبت بينته له شيئاً، وإنما الاختلاف في حق البائع فبينته أولى بالقبول اهـ **قوله: (وإلا فسخنا البيع عليك)** فيقال في الاختلاف في الثمن للمشتري: إما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع وإلا فسخنا وفي صورة الاختلاف في المبيع يقال للبائع: إما أن تسلم ما ادّعاه المشتري وإلا فسخنا، وفي صورة ما إذا اختلفا فيهما يقال: لكل واحد منهما ما ذكر له اهـ **قوله في المتن: (وبدئ بيمين المشتري)** هذا إذا اختلفا في الثمن أما إذا اختلفا في المبيع بدئ بيمين البائع يدل عليه ما سيذكره في الاختلاف في الإجارة اهـ **قوله: (وهو قول محمد وزفر)** قال الإتقاني: وعند زفر يبدأ بيمين البائع كقول أبي يوسف أوّلاً كذا في التقريب اهـ **قوله: (وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه يبدأ بيمين البائع)** قال الإتقاني وجه قول زفر هو قول أبي يوسف أوّلاً قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٧٠)، والدارمي في البيوع (٢٥٤٩).

إفادته فلا يتقاصر عن إفادة التقديم وقيل: يقرع بينهما في البداءة، هذا إذا باع سلعة بثمن وإن باع ثمناً بثمن أو سلعة بسلعة بدأ القاضي بأيهما شاء **لاستوائهما في فائدة النكول**.

قال رحمه اللّه: (**وفسخ القاضي يطلب أحدهما**) لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادّا»[1] ولأنهما لما حلفا لم يثبت ما ادّعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بثمن مجهول أو بلا بدل فيفسخ لأن البيع بلا ثمن أو بثمن مجهول فاسد، ولا بدّ من الفسخ فيه **وقيل: ينفسخ بنفس التحالف** والصحيح الأوّل بدليل ما ذكره في المبسوط أن وطء الجارية المبيعة يحل بعد التحالف قبل فسخ القاضي المبيع بينهما، ولو كان ينفسخ لما حل **وصفة اليمين أن** يحلف البائع باللّه ما باعه بما ادَّعاه المشتري ويحلف المشتري باللّه ما اشتراه بما ادّعاه البائع، وذكر في الزيادات أنه يحلف باللّه ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري باللّه ما اشتراه بألفين وقد اشتراه بألف بضم الإثبات إلى النفي تأكيداً **والأصح الاقتصار** على

فالقول قول البائع» ولأن المبيع مستحق على البائع وهلاكه يوجب فساد العقد وله أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكان تقديم من في حبسه المبيع أولى اهـ غاية. وكتب ما نصه قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف: وقد ذكر في هذا الكتاب رواية أخرى عن أبي يوسف في كتاب الاستحلاف وهي أن المشتري إن كان ابتدأ بالخصومة وادّعى على البائع ابتدئ بيمين البائع، وإن كان البائع ابتدأ بالدعوى ابتدئ بيمين المشتري اهـ غاية. **قوله**: (**لاستوائهما في فائدة النكول**) أي لأن كل واحد منهما إذا نكل لا يلزم تسليم شيء في الحال اهـ غاية. **قوله في المتن**: (**وفسخ القاضي إلخ**) قال شمس الأئمة في شرح أدب القاضي في باب اليمين: وإن حلفا جميعاً انتفى الثمنان فبقي بيعاً بلا ثمن فيفسد، فينقض العقد فيما بينهما وإنما ينقض القاضي فيما بينهما إذا طلبا أو طلب أحدهما من القاضي النقض، فأما بدون الطلب لا ينقض وفرق بين هذا وبين اللعان، وهو أن الزوجين إذا فرغا من اللعان فإن القاضي يفرق بينهما سواء طلبا من القاضي أو لم يطلبا، لأن حرمة المحل قد ثبتت شرعاً على ما قال عليه الصلاة والسلام: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[1] وهذه الحرمة حق الشرع فلا يحتاج فيه إلى طلب العبد، وأما العقد وفسخ العقد حقهما فشرط طلب العبد لهذا وقال الإمام الناصحي في تهذيب أدب القاضي: وإن حلفا لم ينقض القاضي البيع بينهما حتى يطلبا ذلك، أو يطلب أحدهما لأن الفسخ حق لهما بدليل ما

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ١٠٥).

(٢) أخرج مسلم بنحوه في اللعان (١٤٩٣)، وأيضاً الترمذي في الطلاق واللعان (١٢٠٢)، والدارمي في النكاح (٢٢٣١).

النفي **لأن الأيمان على ذلك وضعت**، ألا ترى أنه اقتصر عليه في القسامة بقولهم: ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً والمعنى فيه أن اليمين تجب على المنكر، وهو النافي فيحلف على هيئة النفي إشعاراً بأن الحلف وجب عليه لإنكاره، وإنما وجب على البائع والمشتري لأن كلاً منهما منكر لأن البائع يدعي زيادة الثمن، والمشتري ينكر ويدعي زيادة المبيع والبائع ينكر إن كان الاختلاف فيهما، وإن كان الاختلاف في أحدهما فأحدهما يدّعي زيادة البدل والآخر ينكره، والمنكر منهما يدّعي وجوب تسليم المبدل على صاحبه عند تسليمه البدل والآخر ينكره فصارا مدّعيين ومنكرين فتقبل بينة كل واحد منهما لكونه مدّعياً ويحلف كل واحد منهما لكونه منكراً، وهذا إذا كان قبل قبض أحد البدلين فظاهر وهو قياس وإن كان بعده فمخالف للقياس لأن القابض منهما لا يدّعي / شيئاً على صاحبه، وإنما ينكر ما ادّعاه الآخر ولكن عرفناه [٢٥ ب/٣] بالنص، وهو قوله عليه الصلاة السلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادّا»[١].

روي عن النبي ﷺ أنه قال: «تحالفا وترادّا» اهـ **قوله في المتن: (بطلب أحدهما)** يعني إذا استحلف الحاكم كل واحد منهما فحلفا فسخ البيع بينهما اهـ وكتب على قوله: بطلب أحدهما ما نصه حتى لو رضيا بترك الدعوى لا يفسخ اهـ **قوله: (أو بثمن مجهول فاسد)** أي والعقد الفاسد لا بد له من الفسخ اهـ غاية. **قوله: (وقيل: ينفسخ بنفس التحالف)** لم يتعرّض الشارح رحمه اللّه لتعليل اشتراط طلب أحدهما الفسخ مع أن رفع الفساد واجب عليه، وإن لم يطلبه أحد ووجه اشتراطه أن الفساد هنا وقع بعد صحة البيع بخلاف البيوع الفاسدة لأنها وقعت فاسدة ابتداء اهـ **قوله: (وصفة اليمين إلخ)** قال الإتقاني: وأما صفة التحالف فقد ذكر في الأصل أن كل واحد منهما يحلف على دعوى الآخر، وهذا يقتضي أن يحلف البائع باللّه ما باعه بمائة، ويحلف المشتري باللّه ما اشتراه بمائتين اهـ **قوله: (والأصح الاقتصار إلخ)** قال الإتقاني: وما ذكر في الأصل موضوع اليمين لأنها لا تقع عندنا إلا بالنفي، فلو جمعنا بين الأمرين لتضمنت الإثبات والنفي، وهذا لا يصح ووجه ما ذكره في الزيادات أن الجمع بين الأمرين تأكيد للنفي، وليس بممتنع أن يكون اليمين موضوعها النفي ويضم إليها الإثبات على طريق التأكيد، فيقول الشاهد: أشهد أن فلاناً مات، وهذا وارثه ولا وارث له غيره، وقال في شرح الأقطع جواباً عن الحديث الذي رواه زفر: وإنما خص البائع بالذكر لأن يمين المشتري معلومة لا يشكل لقوله عليه الصلاة والسلام: «واليمين على من أنكر» فسكت ﷺ عما تقدّم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدّم بيانه اهـ **قوله: (لأن الأيمان على ذلك وضعت)** أي وضعت لا على الإثبات اهـ **قوله في المتن:**

---

(١) تقدم تخريجه.

قال رحمه الله: (**ومن نكل لزمه دعوى الآخر**) لأنه صار مقرّاً به أو باذلاً فلزمه إذا اتصل به القضاء وهو المراد بقوله لزمه دعوى الآخر، لأنه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئاً، أمّا على اعتبار البذل فظاهر، وأمّا على اعتبار أنه إقرار فلأنه إقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجباً بانفراده، وهذا الذي ذكرناه في التحالف إذا كان اختلافهما في البذل مقصوداً، وأمّا إذا كان في ضمن شيء آخر **نحو أن يشتري الرجل من آخر سمناً في زق** ووزنه مائة رطل ثم جاء بالزق ليردّه على صاحبه ووزنه عشرون، فقال البائع: ليس هذا زقي، وقال المشتري: هو زقك فالقول قول المشتري سواء سمى لكل رطل ثمناً أو لم يسم فجعل هذا اختلافاً في المقبوض وفيه القول قول القابض في نفس القبض والمقبوض، **فكذا في مقدار المقبوض** وإن كان في ضمنه اختلاف في الثمن لأن الثمن يزداد بنقصان الزق وينقص بزيادته فالبائع يدّعي زيادة الثمن والمشتري ينكر، ولم يعتبر هذا الاختلاف في إيجاب التحالف لأن الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما في الزق.

قال رحمه الله: (وإن اختلفا في الأجل أو شرط الخيار **أو في قبض بعض الثمن** أو بعد هلاك المبيع أو بعضه أو في بدل الكتابة أو في رأس المال بعد إقالة السلم لم يتحالفا) والقول للمنكر مع يمينه، أمّا الاختلاف في الأجل أو في شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن فلأنه اختلاف في غير المعقود عليه، والمعقود به فأشبه الاختلاف في الحط **والإبراء**، **ولهذا لا يختل العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه**

(**ومن نكل لزمه دعوى الآخر**) قال في شرح أدب القاضي: إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة مقبوضة كانت أو لم تكن فإنهما يتحالفان يحلف البائع على دعوى المشتري، فإن نكل لزمه البيع بألف درهم ويحلف المشتري على دعوى البائع فإن نكل لزمه دعواه وهو البيع بألفي درهم، وإن حلفا جميعاً فقد مر بيانه آنفاً، وأصل ذلك أن النكول في معنى البذل وبذل الإعواض صحيح، فإذا كان الناكل باذلاً لم تبق دعواه معارضة لدعوى صاحبه فيثبت دعوى صاحبه لسلامته عن المعارض اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأنه**) أي النكول اهـ **قوله**: (**نحو أن يشتري الرجل من آخر سمناً في زق إلخ**) هذا الفرع مذكور في متن الكنز في البيع الفاسد وراجع الحاشية التي في خيار الرؤية نقلاً عن الكمال عند قوله، وللمشتري لو في الرؤية اهـ **قوله**: (**فكذا في مقدار المقبوض**) يعني القول فيه للقابض هذا الفرع ذكره في المتن في خيار العيب حيث قال: والقول في مقدار المقبوض للقابض فليراجع ما قاله الشارح اهـ **قوله في المتن**: (**أو في قبض بعض الثمن**) ذكر البعض ليس بقيد إذ الحكم فيما إذا اختلفا في قبض كل الثمن كذلك يكون اليمين على البائع لا غير اهـ **قوله**: (**والإبراء**) يعني إذا اختلفا في حط بعض الثمن أو إبراء كل الثمن لم يتحالفا فكذا إذا اختلفا في الأجل وشرط

حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر حتى يجري فيه التحالف لأنه يرجع إلى نفس الثمن لأنه يعرف بالوصف لا غير **لكونه ديناً في الذمة**، ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف له، ألا ترى أن للثمن وجوداً بدونه، وكذا مستحقهما مختلف، فإن الثمن حق البائع والأجل حق المشتري ولو كان وصفاً للثمن لكان حق البائع، وقال زفر والشافعي: يتحالفان في الأجل إذا اختلفا في أصله أو قدره لأن هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن، فإن المؤجل أنقص من الحال في المالية، ولأن النص أوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين ولم يفصل، قلنا: وجوب التحالف معلق باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوبه باختلافهما فيما يثبت به البيع، وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالأجل فصار كأنه قال: إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو الثمن تحالفا، وقد بينا أن الأجل ليس بوصف للثمن إذ لو كان وصفاً له لذهب

الخيار اهـ **قوله**: (**ولهذا لا يختل العقد بانعدامه**) أي بانعدام الأجل وشرط الخيار اهـ **قوله**: (**بخلاف الاختلاف في وصف الثمن**) أعني في جودته أو رداءته اهـ غاية. **قوله**: (**وجنسه**) أي بأن قال أحدهما: دراهم والآخر دنانير اهـ غاية. **قوله**: (**لكونه ديناً في الذمة إلخ**) والتحقيق هنا أن يقال: إن التحالف شرع بالنص إذا وقع الاختلاف في الثمن أو المثمن إذا أمكن الفسخ بعد التحالف ليتوصل كل منهما إلى رأس ماله إذا لم يصل له ما ادّعى قبل صاحبه وهذا ممكن عند الاختلاف في الثمن أو المثمن لأنهما إذا تحالفا لم يثبت واحد من الثمنين أو المثمنين فيبقى البيع بغير ثمن أو مثمن وهو فاسد فيجب الردّ والمتاركة بسبب الفساد وفيما نحن فيه اختلفا في شرط زائد وهو الأجل والخيار، فإذا تحالفا لم يثبت الشرط والبيع يبقى صحيحاً بدونه كما لو عقد البيع بدونه في الابتداء فلا يمكن أن يفسخ مع بقائه على الصحة، وثمرة التخالف الفسخ فلا تحالف في موضع لا يؤدي إلى الفسخ ويعلل أيضاً لخيار الشرط فنقول: نوع خيار فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف كخيار العيب، وقال الإمام الإسبيجابي في بيوع شرط الطحاوي: والأصل في هذا أن العاقدين متى اختلفا في المملوك بالعقد يتحالفان ومتى اختلفا في المملوك بالشرط لم يتحالفا، أو نقول متى اختلفا في كلمة العقد تحالفا ومتى لم يختلفا في كلمة العقد لم يتحالفا والأجل مملوك بالشرط وليس في كلمة العقد، والثمن والمثمن مملوك بالعقد، وهو من كلمة العقد اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال الإتقاني: ثم الاختلاف في أجل الثمن لا يخلو إمّا أن يختلفا في أصله أو في قدره أو في مضيه فإن اختلفا في أصله فالقول قول البائع لأنه يستفاد من جهته وإن اختلفا في قدره، فالقول قوله أيضاً والبينة في المسألتين جميعاً بينة المشتري، لأنه يثبت الزيادة وإن اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على القدر فالقول قول المشتري إنه لم يمض والبينة بينته أيضاً لأنه يثبت الزيادة وإن اختلفا في المضي والقدر،

عند ذهابه إذ الشيء لا يبقى بدون وصفه، **وفرق بين الأجل في السلم** وبين ما نحن فيه عند أبي حنيفة رحمه الله فإنه جعل هناك القول قول من يدّعي الأجل وجعل القول هنا لمنكره والفرق أنه شرط في السلم وتركه فيه مفسد للعقد وإقدامهما عليه يدل على الصحة فكان القول لمن يدّعيه، لأن الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن فيه لأنه لا تعلق له في الصحة والفساد فيه فكان القول لنا فيه لأن الأجل أجنبي عن العقد، ولهذا لو شهد أحد الشاهدين بأنه باعه بألف إلى شهر وشهد الآخر بأنه باعه بألف ولم يذكر الأجل **تقبل/ شهادتهما** كما لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار إلى ثلاث، [٢٦ أ/٣] ولم يذكر الآخر الخيار ولو كان وصفاً للثمن لما قبل، وكذا إذا اختلفا في أصل البيع أو في مكان إيفاء المسلم فيه لا يتحالفان لأن أحدهما انفرد في إنكار أصل البيع، والاختلاف في مكان الإيفاء وقد مرّ بيانه في البيوع، **وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع** فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله: يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك **وعلى هذا الخلاف إذا خرج**

فالقول قول المشتري في المضي وفي القدر قول البائع فيجعل شهراً لم يمض والبينة بينة المشتري، وهذا إذا كان المبيع عيناً، فأما إذا كان ديناً يعني السلم فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف والترادّ عند علمائنا الثلاثة لأنهما اختلفا في المملوك بالشرط وعند زفر يتحالفان ويترادان لأن السلم لا يصح إلا به فالاختلاف كالاختلاف في صفة السلم اهـ **قوله: (وفرق بين الأجل في السلم إلخ)** ثم الاختلاف في أجل السلم لا يخلو أما إن اختلفا في أصله أو في قدره، وفي مضيه أو فيهما جميعاً، أما إذا اختلفا في أصله فإنه ينظر إن كان مدّعي الأجل هو رب السلم، فالقول قوله قياساً واستحساناً، ويجوز السلم وإن كان مدّعي الأجل هو المسلم إليه فالقول قوله أيضاً استحساناً، ويجوز السلم وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول رب السلم ويفسد المسلم وهو القياس ولو اختلفا في قدره، فالقول قول رب السلم ولو اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم إليه والبينة أيضاً بينته ولو اختلفا في قدره ومضيه، فالقول في القدر قول رب السلم والقول في المضي قول المسلم إليه ولو أقاما البينة فالبينة بينة المسلم إليه على إثبات الزيادة وأنه لم يمض اهـ غاية. قال في المجمع: والمسلم إليه في دعوى التأجيل مصدّق كرب السلم اهـ **قوله: (تقبل شهادتهما)** أي ويقضي بالبيع بألف حالة اهـ غاية. **قوله: (وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع)** أي بعد قبض المشتري إذ قبل قبضه ينفسخ العقد بهلاكه اهـ كاكي. وكتب مانصه قال في المجمع: أو في الثمن بعد هلاك المبيع أمر بالتحالف والفسخ على قيمته وجعلا القول للمشتري اهـ قال الإتقاني: وأجمعوا على أن السلعة إذا كانت قائمة يتحالفان سواء كان قبل القبض أو بعد القبض، وحاصل الخلاف في تحليف البائع عندنا لا يحلف البائع وعندهما يحلف اهـ قوله: أو في الثمن أي لو اختلفا في قدر الثمن اهـ شرحه. **قوله: (وعلى هذا الخلاف إذا خرج**

المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يمكن ردّه لهما قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادّا»[١] مطلقاً من غير اشتراط قيام السلعة والمراد باشتراطه في الحديث الآخر التنبيه على عدم سقوطه في حالة أدنى منها كأنه يقول والله أعلم: تحالفا وإن كانت السلعة قائمة لأنه يمكن تمييز الصادق من الكاذب إذا كانت السلعة قائمة بتحكيم قيمتها في الحال، ولا يمكن ذلك بعد الهلاك فإذا كان يجري التحالف بينهما مع إمكان المعرفة فأولى أن يجري عند عدم الإمكان ولأن كل واحد منهما يدعي عقداً غير العقد الذي يدعيه صاحبه إذ البيع بألف غير البيع بألفين، ألا ترى أن الشاهدين في البيع إذا اختلفا في قدر الثمن لاتقبل شهادتهما لعدم كمال النصاب في كل واحد من البيعين فصار كما لو ادّعى أحدهما البيع والآخر الهبة أو كان البيع مقايضة فهلك أحد البدلين أو اختلفا في جنس الثمن، وفي التحالف فائدة وهو تسليم ما يدّعيه البائع له على تقدير نكول المشتري أو سقوط الثمن كله عن المشتري على تقدير عدم نكوله، ولأبي حنيفة وأبي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادّا»[٢] بشرط أن تكون السلعة قائمة، وما روياه من المطلق محمول عليه ولفظ الترادّ فيه يدل عليه لأن التراد يكون في القائم دون الهالك، ولأنه يحمل المطلق على المقيد إذا كان الراوي لهما عن النبي ﷺ واحداً بالإجماع، ويحال ترك الراوي عن النبي ﷺ القيد إلى غفلته وقلة ضبطه، بخلاف ما إذا اختلف الراويان عن النبي ﷺ حيث يترك كل واحد منهما على حاله فيعمل بهما ما لم يكن الإطلاق والتقييد في حكم واحد ومحل واحد، وهذان الحديثان هنا يرويهما ابن مسعود عن النبي ﷺ فيؤخذ المقيد لما ذكرنا، والتحالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بينا فلا يلحق به غيره فلا يتعدّى إلى حال هلاك السلعة لأنه ليس في معناه إذ لا يعود كل واحد منهما إلى رأس ماله ولا يدعي المشتري فيه شيئاً، وبخلاف ما قبل القبض على ما بينا ولأنه بالتحالف يفسخ العقد والفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد فيشترط قيامه كالعقد، ولهذا لا تجوز الإقالة ولا الرد بالعيب بعد هلاكه، ولا معنى لقولهما إن كل واحد منهما يدعي عقداً غير ما يدعيه الآخر، فإن العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد، ألا ترى أن الوكيل

المبيع عن ملكه) أي ببيع أو هبة لأن خروج المبيع عن مالك المشتري هلاك حكماً، والهلاك لا يمنع التحالف عند محمد خلافاً لهما اهـ **قوله: (بشرط أن تكون السلعة قائمة)**

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه النسائي في البيوع (٤٦٤٨) بنحوه، وأبو داود في البيوع (٣٥١١).

بالبيع بألف يبيعه بألفين وأن البيع بألف يصير بألفين بالزيادة في الثمن وبخمسمائة بالحط، وإنما لا تقبل شهادتهما إذا اختلفا في القدر مع اتحاد الجنس لأن المدّعي أحدهما لا لاختلاف العقد، بخلاف ما لو اختلفا جنس الثمن لأن البائع يدعي عليه الدنانير والمشتري ينكر، والمشتري يدعي الشراء بالدراهم، والبئع ينكر وإنكاره صحيح، وكذا دعواه لأن المبيع لا يسلم له إلا بثمن فكان / دعواه الثمن دعوى المبيع، [٢٦ ب/٣] ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على ألف وهو يكفي للصحة، ولهذا لو كان المبيع جارية جاز وطؤها قبل الفسخ بعد التحالف، ولو كان مختلفاً لما صح كما لو ادّعى أحدهما هبة والآخر بيعاً لاختلافهما حقيقة، وبخلاف بيع المقايضة لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائماً ببقاء المعقود عليه، ولهذا تجوز الإقالة فيه ويردّ بالعيب فإذا كان باقياً ردّه وردّ الآخر مثل الهالك إن كان من ذوات الأمثال وإلا فقيمته، ولا نسلم أن في التحالف هنا فائدة لأن المقصود في الفسخ أن لا يسلم لكل واحد منها العوض ويرجع إليه عين ماله الذي ورد عليه العقد، وهنا يسلم المبيع للمشتري بقيمته كما يسلم له بالثمن إذا لم يفسخ فلا يعتدّ باختلاف سبب السلامة بعد حصول المقصود كمن أقرّ بألف من ثمن متاع فقال المقر له: هي غصب فإنه يؤمر بالدفع إليه لاتحاد الحكم، بخلاف ما إذا قال: بعتني هذه الجارية فأنكر وقال: ما بعتكها وإنما زوّجتكها فإنه لا يجوز له أن يطأها لاختلاف الحكم فإن حكم ملك اليمين خلاف حكم الزوجية، وكذا لا يرجع إلى البائع بالفسخ عين ماله الذي ورد عليه العقد فلا يكون في الفسخ فائدة لأن ما يعتبر من الفائدة هو عود ما ورد عليه العقد إلى صاحبه لا أي فائدة كانت، وأما اختلافهما بعد هلاك بعض المبيع فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وصورته: أنه باع عبدين صفقة واحدة **ثم هلك أحدهما عند المشتري** ثم اختلفا في الثمن، قال القدوري: فيها لا يتحالفان إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وجعل هذا في النهاية لفظ المبسوط، وفي الجامع الصغير: القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له، وقال قاضيخان: وذكر في الأصل إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً، وقال أبو يوسف رحمه الله: يتحالفان في الحي ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان في الهالك ويكون القول في ثمنه قول المشتري، وقال محمد رحمه الله: يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لايمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى أن لايمنع، ولأبي يوسف رحمه الله إن امتناع التحالف للهلاك فيتقدّر بقدره، ولأبي حنيفة

أي لأن الواو للحال والأحوال شروط اهـ قوله: **(ثم هلك أحدهما عند المشتري)** أي قبل نقد

رحمه اللّه أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس ورد الشرع به في حال قيام السلعة، والسلعة اسم لجميعها فلا تبقى السلعة بعد فوات جزء منها، ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن ولا بدّ من القسمة على قيمتها والقيمة تعرف بالحزر والظن فيؤدّي إلى التحليف مع الجهل، وذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك فحينئذٍ يكون الثمن كله بمقابلة الحي، ويخرج الهالك عن العقد فيكون كأن العقد وقع على هذا فيتحالفان، فإن حلفا فسخ العقد فيه وأخذه ولا يأخذ من ثمن الهالك ولا من قيمته شيئاً وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر، ولفظ المبسوط يدل على هذا **لأن المستثنى منه عدم التحالف** لأن المذكور فيه قبل الاستثناء قوله: لم يتحالفا ولفظ الجامع الصغير يدل على أنهما لايتحالفان، **وأن لا يحلف** المشتري وحده لأن المستثنى منه يمين المشتري لأنه المذكور قبله، وقال في النهاية: **وتكلموا أن هذا الاستثناء** إلى ماذا ينصرف قال مشايخ بلخ رحمهم اللّه: ينصرف إلى يمين المشتري ومعناه إن البائع يأخذ الحيّ منهما صلحاً عما يدّعيه قبل/ المشتري من الزيادة ويجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما [٢٧/أ ٣] على عبد آخر **وصار تقدير ما قال في الكتاب**: على قول هؤلاء لايتحالفان عند أبي حنيفة رحمه اللّه ويكون القول قول المشتري مع يمينه إلا أن يأخذ البائع الحيّ **ولا يأخذ شيئاً آخر** فحينئذٍ لا يحلف المشتري، قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده هذا لا يقوى لأن الأخذ معلق بمشيئة البائع، ولو كان أخذ الحيّ بطريق الصلح لكان معلقاً بمشيئتهما، قال الراجي عفو ربه: ليس في هذا الأخذ فائدة له أيضاً ولا يحتملها فلا يصار إليه لأن ترك حصة الهالك من الثمن من غير بدل يقابله ليس من الحكمة، ثم قال: وعامة المشايخ على أن الاستثناء منصرف إلى التحالف وصار تقدير ما قال في الكتاب: على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أبي حنيفة رحمه اللّه إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحيّ، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً فحينئذٍ يتحالفان لأن المذكور قبل الاستثناء التحالف دون يمين المشتري فكان صرف الاستثناء إلى المذكور أولى، وبعضهم قالوا: لا بل ينصرف إلى يمين المشتري على معنى أن البائع إذا رضي أن يأخذ الحيّ ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً فحينئذٍ لا يحلف المشتري لأن البائع إذا أعرض عن دعواه لا معنى لتحليف المشتري، وهذا مثل الأوّل في عدم

الثمن اهـ **قوله**: (**لأن المستثنى منه عدم التحالف**) أي لأن قوله: إلا أن يرضى البائع مستثنى من عدم التحالف اهـ **قوله**: (**وأن لا يحلف**) كذا هو بخط الشارح اهـ **قوله**: (**وتكلموا أن هذا الاستثناء**) أي وهو قوله: إلا أن يشاء البالغ اهـ **قوله**: (**وصار تقدير ما قال: في الكتاب**) أي الجامع الصغير اهـ **قوله**: (**ولا يأخذ شيئاً آخر**) أي لا من قيمة الهالك ولا من ثمنه اهـ **قوله**:

الفائدة ثم قال: وقال الإمام الكيساني رحمه الله: يأخذ البائع في حق الهالك من المشتري ما يقرّ به المشتري فحينئذٍ لا يحلف، لأن الاستحلاف إنما شرع في حق المشتري إذا كان ينكر ما يدّعيه البائع من الزيادة فإذا ترك البائع دعوى الزيادة وأخذ الحيّ ورضي به المشتري فلا حاجة إلى استحلاف المشتري، والصحيح هو ترك دعوى الزيادة في الثمن لا ترك ثمن الهالك لأن البائع لا يترك ثمن الهالك كله، وإنما يترك الزائد على ما يقرّ به المشتري ومعنى قوله: لا يأخذ شيئاً أي لا يأخذ من الزيادة التي يدّعيها شيئاً، وعلى هذا التقدير يكون الاستثناء منصرفاً إلى يمين المشتري ومن أصحابنا من قال: ينصرف الاستثناء إلى التحالف وهو الأظهر لأن المانع من التحالف وهو الهالك قد زال بخروجه من أن يكون مبيعاً فصار كأنّ المبيع هو الحيّ وحده أو برضاه بما أقر به المشتري من ثم الهالك، فلم يبق الاختلاف بينهما إلا في ثمن الحي فيتحالفان فأيهما نكل لزمه دعوى الآخر ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ظاهر لأن الهلاك عنده لا يؤثر فصار كأنهما حيان واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله فقال بعضهم: يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لأن التحالف للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى لأن المشتري لو حلف بالله ما اشترى القائم بألف يكون صادقاً لأن من اشترى شيئين بألفي درهم ثم حلف أنه ما اشترى أحدهما بألف **كان صادقاً** فلم يمتنع عن الحلف، فلم يفد التحالف فائدته والصحيح أن يحلف المشتري بالله ما اشتراهما بألفين فإن نكل لزمه دعوى الآخر، وإن حلف يحلف البائع بالله ما باعهما بألف فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف فسخ العقد بينهما في القائم وسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري فإنه يقسم على قيمتها يوم القبض فما أصاب الحي سقط، وما أصاب الهالك لزم المشتري، وإن / اختلفا في [٢٧ ب/٣] قيمة الهالك فإن أقام أحدهما بينة تقبل بينته، وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها تثبت الزيادة، وإن لم يكن لهما بينة كان القول قول البائع لأنه هو المنكر لأن الثمن كله كان واجباً على المشتري، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعوى قلة قيمة الهالك، والبائع ينكر ذلك فكان القول قوله وهو قياس ما ذكرفي الأصل في رجل اشترى عبدين وقبضهما ثم ردّ أحدهما بعيب وهلك الآخر عند المشتري سقط عنه عن ما ردّ ويجب عليه ثمن ما هلك عنده وينقسم الثمن على قدر قيمتهما، وإن اختلفا في قيمة الهالك، وأقام أحدهما بينة تقبل بينته، وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتاً، وإن لم يكن لهما بينة كان القول قول البائع مع يمينه لأنهما

(**كان صادقاً**) أي وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه

اتفقا على وجوب كل الثمن، ثم المشتري يدّعي زيادة السقوط بدعواه أن قيمة الهالك أقل والبائع ينكر فكان القول له أيضاً، وهذا الفقه وهو أن الأيمان يعتبر فيها الحقيقة لأنها تتوجه على أحد الخصمين وهما يعرفان حقية الحال **فينبني الأمر عليها**، والبائع منكر حقيقة فكان القول له، وفي البينات يعتبر الظاهر **لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الأمر** فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدّع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وترجحت بالزيادة الظاهرة، وعند أبي حنيفة رحمه اللّه أن البائع إذا رضي أن يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرنا لأبي يوسف رحمه اللّه، هذا إذا هلك بعضه بعد القبض وإن هلك قبله يتحالفان بالاتفاق، وكذا لو ردّ أحدهما بعيب لأن الكل يعود إلى ملكه فلا يؤدّي إلى تفريق الصفقة على البائع، فعلم بهذا أن التعليل بأن السلعة اسم لجميعها غير سديد، وأما اختلافهما في بدل الكتابة فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه اللّه وقالا: يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رضي اللّه عنه لأن الكتابة عقد معاوضة تقبل الفسخ وكل واحد منهما مدّع على الآخر لأن المولى يدّعي بدلاً زائداً والعبد ينكره والعبد يدّعي استحقاق العتق على المولى عند أداء ما يقربه، والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا في الثمن وهو قبل القبض موافق للقياس فيتعدى إليه، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن البدل في الكتابة مقابل بفك الحجْر وهو ملك التصرف واليد للحال و قد سلم ذلك للعبد ولا يدّعي على مولاه شيئاً وقد بينا أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس، فلا يتحالفان فيكون القول قول العبد لكونه منكراً وإنما يصير مقابلاً بالعتق عند الأداء وقبله لا يقابله أصلاً حتى يقال فيه إنه اختلاف قبل القبض، وهذا نظير الأجرة فإنها مقابلة بالعين المستأجرة عند العقد، ثم ينتقل إلى المنفعة عند الاستيفاء، وكذا الكتابة ليست في معنى البيع صورة ومعنى لأن صورة البيع للاسترباح، وهو مبني على التضييق والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه، والكتابة لا تقبل الفسخ بعد التمام فلا تكون في معناه فلا يتحالفان، يوضحه أن البيع لازم من الجانبين فالمصير إلى التحالف فيه مفيد حتى إذا نكل أحدهما لزمه دعوى الآخر، ولايتحقق ذلك في الكتابة لأن المكاتب إذا نكل لا يلزمه شيء لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والدين فيه غير لازم/ حتى لا تجوز الكفالة به ولا نسلم أنه معاوضة مطلقاً لأن الكل [٢٨ أ/٣] مال المولى من وجه فلا، يكون في معنى البيع، فإذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والإنكار فيكون القول للمنكر وهو العبد وإن أقام أحدهما بينة تقبل بينته

المشري كان صادقاً اهـ **قوله: (فينبي الأمر عليها)** أي لئلا يلزم الإقدام على القسم بجهالة اهـ **قوله: (لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الأمر)** أي فجاز أن يكون الحال في الواقع على خلاف

لأنه نوّر دعواه بها، وإن أقاما البينة كانت بينة المولى أولى لأنها تثبت الزيادة إلا أنه إذا أدّى قدر ما أقام البينة عليه يعتق، لأنه أثبت الحرّية لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على أنه إن أدّى خمسمائة يعتق ولا يمتنع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرّية كما ذكرنا، كما لو استحق بدل الكتابة فإن الحرّية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل، وأما إذا اختلف في رأس المال بعد إقالة السلم فلأن الإقالة في باب السلم ليس ببيع بل هو إبطال من كل وجه، فإن رب السلم لا يملك المسلم فيه بالإقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم إليه هو المنكر حقيقة، فكان القول له ولا يعود السلم ولأن المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعودكل واحد منهما إلى رأس ماله، وإليه الإشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام: «تحالفا وترادّا»[1] والتحالف في الإقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود، وهو فسخ الإقالة لأن الإقالة في السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ، ألا ترى أنهما لو قالا: نقضنا الإقالة لا تنتقض، وكذا لو كان رأس المال عرضاً فقبضه المسلم إليه ثم ردّه عليه بعيب بقضاء قاض ثم هلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم فكذا بالتحالف لا تنتقض الإقالة ولا يعود السلم بخلاف الإقالة في البيع حيث تنتقض بهذه النواقض، والفقه فيه أن المسلم فيه سقط بالإقالة فلو انفسخت الإقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه، والساقط لا يحتمل العود بخلاف الإقالة في البيع لأنه عين فأمكن عوده إلى ملك المشتري.

قال رحمه اللّه: (وإن اختلفا في مقدار الثمن بعد الإقالة تحالفا) معناه إذا اختلفا بعدما تقايلا قبل قبض المبيع بحكم الإقالة فإنهما يتحالفان إذا لم يكن لهما بينة، ويعود البيع الأوّل لأن التحالف قبل القبض موافق للقياس لما أن كل واحد منهما مدّع ومنكر فيتعدّى إلى الإقالة كما يتعدى إلى الإجارة وإلى الوارث وإلى قيمة المبيع **فيما إذا استهلك المبيع غير المشتري**، ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا يتحالفان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه، وعند محمد رحمه اللّه يتحالفان، لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً.

قال رحمه اللّه: (وإن اختلفا في المهر قضى لمن برهن) أي لمن أقام البينة لأنه نوّر دعواه بها وهي كاسمها مبينة.

ما ظهر عندهما بهزل أو تلجئة أو غير ذلك اهـ **قوله: (فيما إذا استهلك المبيع غير المشتري)**

---

(١) تقدم تخريجه.

قال رحمه الله: (وإن برهنا فللمرأة) أي إذا أقاما البينة كانت بينة المرأة أولى لأنها تثبت الزيادة والبينات للإثبات فكانت أولى، هذا إذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل ما يدعي الزوج أو أقل لأن الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى، وإن كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لأنها تثبت الحط، وهو خلاف الظاهر والبينات للإثبات على ما بينا، وإن كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بأن كان أقل مما ادّعته المرأة أو أكثر مما ادَّعاه الزوج، فالصحيح أنهما يتهاتران لأنهما استويا في الإثبات لأن/ بينتها تثبت [٢٨ ب/٣] الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون إحداهما أولى من الأخرى.

قال رحمه الله: (وإن عجزا) أي عن إقامة البينة (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لأن يمين كل واحد منهما ينتفي به ما يدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية، وذلك غير مفسد للنكاح فلا حاجة إلى الفسخ بخلاف البيع.

قال رحمه الله: (بل يحكم مهر المثل فقضى بقوله لو كان كما قال أو أقل، وبقولها لو كان كما قالت أو أكثر، وبه لو بينهما) أي بين ما قالته هي وبين ما قاله هو لأنه لما انتفى بيمينهما التسمية احتيج إلى تحكيم مهر المثل فيقضي بقول من يشهد له مهر المثل، وإن لم يشهد لواحد منهما بأن كان أقل مما ادّعت أو أكثر مما أقرّ به هو قضى بذلك، وهذا تخريج الكرخي رحمه الله، وتخريج الرازي خلاف ذلك فإنه يبدأ باليمين أوّلاً فيجعل القول لمن يشهد له الظاهر وهو مهر المثل مع يمينه، وإن لم يشهد لواحد منهما بأن كان بينهما تحالفا ويبدأ بيمين الزوج لتعجيل الفائدة وقد بيناه مفصلاً في النكاح، وعند أبي يوسف رحمه الله لايتحالفان، ويكون القول قول الزوج مع يمينه إلا أن يأتي بشيء مستنكر وقد بيناه في النكاح.

قال رحمه الله: (ولو اختلفا في الإجارة قبل الاستيفاء تحالفا) يعني قبل استيفاء المنافع لأن الإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث أن كل واحد منهما مدّع على صاحبه ومنكر لما يدّعيه صاحبه، ومن حيث أنهما يحتملان الفسخ وهما عقد معاوضة، فإن قيل: قيام المعقود عليه شرط للتحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجري فيها التحالف، قلنا: في المعدوم يجري التحالف كما في السلم، ولأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة **ثم إن كان الاختلاف في الأجرة** بدئ بيمين المستأجر، وإن وقع في المنفعة بدئ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وأيهما أقام البينة تقبل بينته، وإن

أي واختار المشتري بقاء العقد وأخذه القيمة ثم اختلفا في الثمن اهـ **قوله: (ثم إن كان الاختلاف في الأجرة)** أي بأن قال المؤجر: أجرتك بعشرة وقال المتسأجر بل بخمسة اهـ

أقاماها فبينة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة، وإن كان الاختلاف في المنفعة فبينة المستأجر أولى وإن كان الاختلاف فيهما فبينة المؤجر أولى في الأجرة وبينة المستأجر أولى في المنفعة لأن البينة للإثبات، فما كان أكثر إثباتاً كان أولى.

قال رحمه الله: (وبعده لا والقول قول المستأجر) أي إن اختلفا بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان، وكان القول قول المستأجر مع يمينه لأن فائدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن عقد الفسخ فيها فامتنع التحالف، وهذا عندهما ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما، وكذا عند محمد لأن الهلاك إنما **لا يمنع عنده** في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها، ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لأن المنافع لا تتقوّم بنفسها بل بالعقد، وبالفسخ يرتفع العقد فيتبين أنه لا عقد، فإذا امتنع التحالف كان القول قول المستأجر لأنه هو المنكر.

قال رحمه الله: (والبعض معتبر بالكل) معناه إذا استوفى بعض المنافع وبقي البعض يعتبر كل واحد منهما بالكل حتى يمتنع التحالف في المستوفى، ويكون القول فيه قول المستأجر كما لو استوفى الكل ويجري التحالف في الباقي، ويفسخ العقد فيه كما إذا لم يستوف شيئاً وهذا بالإجماع فأبو يوسف رحمه الله مر على أصله في هلاك بعض المبيع فإن التحالف فيه عنده يتقدّر بقدر الباقي فكذا هنا، وهما خالفا أصلهما في المبيع، والفرق لمحمد رحمه الله ما بيناه/ في استيفاء الكل [٢٩ ١/٣] من أن المنافع لا تتقوّم إلا بالعقد، فلو تحالفا لا يبقى العقد فلم يمكن إيجاب شيء، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن العقد في الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقداً مبتدأ على حدة فلا يلزم من تعذر التحالف في الماضي التعذر فيما بقي، إذ هما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفان فيه بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع حيث يمتنع التحالف فيه عنده في الكل لأنه عقد واحد، فإذا امتنع في البعض امتنع في الكل ضرورة كيلا يؤدّي إلى تفريق الصفقة على البائع على ما بينا.

قال رحمه الله: (وإن اختلف الزوجان في متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له) لأن الظاهر يشهد له ولا فرق في ذلك بين أن يكون النكاح قائماً بينهما أو لم يكن قائماً ومما يصلح للرجل العمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والقوس والدرع الحديد فيكون القول فيها قوله مع يمينه لما بينا، ومما يصلح للمرأة الخمار والدرع والأساور وخواتم النساء والحلي والخلخال وأمثال ذلك، فإن القول فيها قولها مع يمينها لما ذكرنا **إلا إذا كان الزوج يبيع هذه**

قوله: (لا يمنع عنده) أي التحالف اهـ قوله: **(إلا إذا كان الزوج يبيع هذه الأشياء)** أي أو كان

الأشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين، وكذا إذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول قوله في ذلك.

قال رحمه اللّه: (وله فيما يصلح لهما) أي إذا اختلفا فيما يصلح لهما كان القول قوله لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج، والقول لصاحب اليد في الدعاوى بخلاف ما يختص بالمرأة لأن ظاهره يقابله ظاهر آخر من جهتها فيتعارضان فترجح بالاستعمال من جهتها، والذي يصلح لهما الفرش والأمتعة والأواني والرقيق والعقار والمواشي والنقود.

قال رحمه اللّه: (فإن مات أحدهما فللحي) أي إذا مات أحد الزوجين واختلف الحي منهما مع ورثة الآخر كان المتاع للحي، ومراده من المتاع ما يصلح لهما وهو المشكل وما لا إشكال فيه وهو ما يصلح لأحدهما ولا يصلح للآخر فهو على ما كان قبل الموت وتقوم ورثته مقامه فيه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وخالفه أبو يوسف في المشكل فقال: يدفع إلى المرأة من المشكل ما يجهز به مثلها، والباقي للزوج مع يمينه ولورثته بعد موته، وقال محمد مثل ما قال أبو حنيفة: إن ما يصلح لأحدهما فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج إلا أن قوله هذا لايختلف بين أن يكون في حياتهما أو بعد موت أحدهما، فحاصله أنهم اتفقوا أن ما يصلح لأحدهما فهو لمن يصلح له في الحياة والموت حتى تقوم ورثته مقامه واختلفوا فيما يصلح لهما فأبو حنيفة رحمه اللّه جعله للزوج في حال حياتهما، وللباقي منهما بعد موت أحدهما ومحمد رحمه اللّه جعله للزوج في الحالتين وأبو يوسف رحمه اللّه جعل منه للمرأة قدر ما يجهز به مثلها في الحالتين لأنها تأتي بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهداً لها وهو أقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارض في الباقي فيعتبر، ولهما في الاستواء بين الحالتين أن الورثة يقومون مقام الميت لأنهم خلفاؤه فلا يتغير الحكم في المشكل بالموت كما لا يتغير في غير المشكل، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن / يد [٢٩ ب/٣] الباقي منهما أسبق إلى المتاع لأن الوارث ثبتت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحية للاستعمال على ما بينا بل أولى لأن لليد رجحاناً مطلقاً حتى يرجح به في غير هذا الباب، بخلاف الصلاحية ولأن يد الباقي منهما يد نفسه، ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الأصل وقال زفر رحمه اللّه: المشكل بينهما نصفان والباقي مثل ما قال أبو حنيفة رحمه اللّه وعنه أن المتاع كله بينهما نصفان، وبه قال مالك والشافعي، لأنهما استويا في سبب الاستحقاق إذ هما ساكنان

صانعاً لها اهـ

في بيت واحد والبيت مع ما فيه في أيديهما ولا معتبر بالشبهة في الخصومات، ألا ترى أن إسكافاً وعطاراً لو اختلفا في آلة الإسكافة أو آلة العطارين وهي في أيديهما قضى بها بينهما نصفان ولا ينظر إلى ما يصلح لأحدهما لأنه قد يتخذه لنفسه أو للبيع، فلا يصح مرجحاً وقال الحسن البصري: المتاع كله للمرأة وليس للرجل إلا ما عليه من ثياب بدنه لأن المرأة هي الساكنة فيه، ولهذا تسمى قعيدته ويد صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره، وفي الدعاوى يقدّم صاحب اليد وقال ابن أبي ليلى: المتاع كله للزوج كيفما كان لأن المرأة في يد الزوج فما في البيت أيضاً يكون في يده، وإن كان البيت لها، ألا ترى أنه صاحب البيت وأن البيت يضاف إليه فصار بمنزلة المؤجر مع المستأجر إذا اختلفا في متاع المنزل فإن القول للمستأجر لكونه مضافاً إليه بالسكنى، وليس للمؤجر سوى ما عليه من ثياب بدنه فكذا هذا وهذه هي المسبعة، وقد ذكرنا الأقاويل السبعة بحمد اللّه تعالى.

قال رحمه اللّه: (ولو أحدهما مملوكاً فللحرّ في الحياة وللحي في الموت) أي لو كان أحد الزوجين مملوكاً واختلفا في متاع البيت كان المتاع للحرّ في حال حياتهما، وللحي منهما بعد موت أحدهما أيهما كان، لأن يد الحر أقوى لأنها يد ملك ولا كذلك يد المملوك، وأمّا إذا مات أحدهما فلا يد للميت فخلت يد الحيّ عن المعارض فكان للحيّ منهما هكذا ذكر الحكم في الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الإسلام وشمس الأئمة الحلواني **وفخر الإسلام** وقاضيخان، وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه اللّه في شرح الجامع الصغير: وكذلك إن مات أحدهما كان المتاع للحرّ منهما، ثم قال: وفي بعض النسخ للحيّ منهما وهو سهو، وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: العبد المأذون له في التجارة والمكاتب كالحرّ لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات، ولهذ لو اختصم الحرّ والمكاتب في شيء وهو في أيديهما يقضي به بينهما لاستوائهما في اليد، ولو كان في يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه حتى يقضي به بينهما، فكذا في متاع البيت، وأبو حنيفة رحمه اللّه يقول: إن يد المملوك لا تكون مساوية ليد الحرّ فإن يده يد نفسه من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه ولأن يد الحرّ يد ملك حقيقة ويد المملوك ليست بيد ملك فكانت يد الحر أقوى فترجحت به في حق متاع البيت، ألا ترى أنها تترجح بالصلاحية فهذا أولى أن يترجح به بخلاف سائر الخصومات فإنها لا تترجح بالصلاحية فكذا لا تترجح بالحرية لأن الظاهر هنا يشهد بالاستعمال فكانت الصلاحية

قوله: (وفخر الإسلام) ليس كذلك بل الذي ذكره فخر الإسلام أنه للحر هكذا نقله لم يكتب المحشي.

والملك فيه أقوى دلالة عليه فترجحت، وبهذا يجاب عن قول زفر، ومن قال بقوله في استدلالهم على التنصيف باختلاف العطار والإسكاف في آلة أحدهما فيما تقدم والله أعلم.

(فصل) قال رحمه الله: (قال المدّعى عليه: هذا الشيء أودعنيه أو آجرنيه أو أعارنيه فلان الغائب أو رهنه أو غصبه منه **وبرهن عليه دفعت خصومة المدّعي**) لأنه أثبت ببينته أن العين وصلت إليه من جهة الغائب وأن يده ليست بيد / خصومة فصار كما إذا أقر المدعي بذلك أو أثبت ذو اليد إقراره به، والشرط إثبات هذه الأشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب **دون هذه الأشياء** لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة: لا تندفع الخصومة ولو أقام البينة لأنه بظاهر يده صار خصماً ولا يخرج عنه بإقامة البينة لأن الملك لا يثبت بها للغائب لعدم الخصم عنه ولا ولاية لأحد في إدخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه وخروجه من أن يكون خصماً في ضمن ثبوت الملك لغيره، فلا يثبت المتضمن بغير أصله كالوصية الثابتة في ضمن البيع بالمحاباة تبطل ببطلان البيع فصار نظير ما لو ادّعاها بعد هلاكها أو ادَّعى عليه الفعل كالغصب ونحوه، وقال ابن أبي ليلى: تندفع الخصومة بإقراره للغائب من غير إقامة البينة لأن كلامه إقرار منه بالملك للغائب والإقرار موجب للحق بنفسه لخلوه عن التهمة فالتحق بالبينة فيثبت ما أقر به بمجرد الإقرار، ألا ترى أن من أقرّ بعين لغائب ثم أقر بها لحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم إليه وكذا الصحيح لو أقر لغيره بشيء فمرض فصدقه المقر له في مرضه كان إقراره إقرار الصحيح، **وكذا لو أقرّ بشيء لشخص** ثم غاب يقضي عليه به ويؤخذ من ماله ولو لم يكن إقراره موجباً

[٣٠ أ/٣]

(فصل: أي فيمن لا يكون خصماً) لما ذكر أحكام من يكون خصماً شرع فيمن لا يكون خصماً وقدّم الأول لأن الكتاب كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة فجر الكلام إلى ذكر من لا يكون خصماً فذكر بعده اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وبرهن عليه)** فإن لم يكن له بينة على ذلك لم تندفع عنه الخصومة إلا على قول ابن أبي ليلى لأنه متهم في ذلك لدفع الخصومة عن نفسه فلا يسمع من غير حجة. **قوله في المتن: (دفعت خصومة المدّعي)** قال الإتقاني: هذه مسألة القدوري ثم قال: هذا الذي ذكره القدوري إذا كان العين قائماً، أما إذا هلك فلا تندفع الخصومة بدعوى هذه الأشياء ألا ترى إلى ما ذكر في الجامع في باب الرجل يكون خصماً فيما لو هلك في يده عبد فادّعى إنسان عليه ضمان العبد وأقام ذو اليد بينة أنه كان وديعة فلان ونحوه لا تندفع الخصومة عنه، لأنه يدّعي الدين في ذمته، ويجوز أن يكون هو مودع الغاصب فيكون ضامناً اهـ وقد نص الشارح على حكم هلاك العين قريباً من هذه القولة في الشرح بقوله: فصار نظير ما لو ادّعاها بعد هلاكها يعني فإنه لا تندفع

بنفسه لما كان كذلك، ولأنه لا يخلو إمّا أن يكون صادقاً أو كاذباً فإن كان صادقاً فلا خصومة بينهما، وإن كان كاذباً فإقراره على نفسه صحيح فيثبت به أن يده يد حفظ لا يد خصومة **قلنا**: إن بينته أثبتت أمرين الملك للغائب، وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت في حقه كالوكيل بنقل المرأة أو الأمة إذا أقامت بينة على الطلاق أو العتاق تقبل في حق قصر يد الوكيل دون ثبوت الطلاق أو العتاق على ما بينا من قبل فصار كأن المدعي أقر بذلك أو أثبت إقراره به وهذا لأن مقصود ذي اليد إثبات يد حافظة لنفسه لا إثبات الملك للغائب وهو خصم في إثبات يده فيثبت دون الملك للغائب، ولا يمكن دفعها بمجرد إقراره **لأن الخصومة توجهت** عليه بظاهر يده ولهذا يجبر بالحضور، ويؤخذ منه الكفيل فلا يقدر على دفعها إلا بحجة كما إذا ادَّعى إحالة غريمه على غيره، ولأن دفعها بلا بينة يؤدّي إلى اتوّاء الحقوق لأن أحداً لا يعجز عنه، وقوله: وخروجه من أن يكون خصماً في ضمن ثبوت الملك لغيره إلخ، قلنا: ثبوت الملك يتوقف على قبوله فيتوقف بمواجبه واندفاع الخصومة منها فيتوقف عليه حتى إذا صدقه تبين أن ملكه كان ثابتاً من وقت الإقرار، وأن يده كانت حافظة لا يد خصومة ولهذا يؤمر بالتسليم إلى المقر له إذا حضر ويعتبر حاله من الصحة والمرض في تلك الحالة، ويسلم القاضي المقر به إلى المقر له إذا غاب المقر بعد إقراره عنده بخلاف ما إذا ادَّعى العين بعد هلاكها عنده حيث لا تندفع الخصومة عنه وإن أقام بينة على أنها كانت وديعة عنده بالاتفاق لأن المدعي بعد هلاك العين يدعي عليه القيمة، وهي في ذمته، ألا ترى أن القاضي يقضي بها على مودع الغاصب فلا يتبين أن ذمته كانت لغيره وفي العين يتبين، وبخلاف ما إذا ادّعى الفعل عليه كالغصب وغيره لأن ذا اليد صار خصماً للمدعي باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة بإقامة البينة أن العين لغيره، ألا ترى أن دعوى الفعل تجوز / على غير ذي اليد فلا تندفع بالتحويل ودعوى الملك لا تجوز فتندفع بالتحويل [٣٠ ب/٣] لأنه صار خصماً له باعتبار يده فإذا أثبت بالبينة أن يده حافظة وليست بيد خصومة اندفعت الخصومة عنه، **وقال أبو يوسف رحمه الله آخراً**: إن كان المدعى عليه صالحاً فالجواب كما ذكرنا، **وإن كان معروفاً بالحيل** والافتعال لا تندفع عنه الخصومة وإن أقام

الخصومة فيه بالاتفاق، فقد قاس ابن شبرمة المختلف فيه على المتفق اهـ **قوله**: (**دون هذه الأشياء**) أي الإيداع والإجارة والإعارة اهـ **قوله**: (**وكذا لو أقر بشيء لشخص**) أي عند القاضي كما سيأتي في صفحة هذه القولة في الشرح اهـ **قوله**: (**قلنا**) هذا جواب عن قول ابن شبرمة اهـ **قوله**: (**وقال أبو يوسف آخراً إلخ**) وقول أبي يوسف أوّلاً كقول أبي حنيفة ومحمد إذا أقام البينة أن فلاناً أودعه يعرفه باسمه ووجهه حيث تقبل الشهادة أو تندفع الخصومة اهـ

بينة أن العين للغائب لأن المحتال من الناس يأخذ مال غيره غصباً ويدفعه سراً إلى غريب يريد أن يغيب من البلدة ويواعده أن يردّه إليه على رؤوس الأشهاد ليمكنه الأشهاد على أن هذا الشيء أودعه غيره عندما يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله فيجب على القاضي أن ينظر في أحوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم، **رجع إلى هذا القول** بعدما ولي القضاء وابتلي بأمور الناس وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما إذا قال الشهود: نعرف صاحب المال، وهو المودع أو المعير باسمه ونسبه ووجهه لأن المدعي يمكنه أن يتبعه، وإن قالوا: لا نعرفه بشيء من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد بالإجماع لأنهم ما أحالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته، ولعل المدعي هو ذلك الرجل ولو اندفعت لبطل حقه ولأنه لو كان المدعي هو المودع لا يبطل، وإن كان غيره يبطل فلا يبطل الشك والاحتمال دفعاً للضرر عنه، ولو قالوا: نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد لأنها توجهت عليه باليد فلا تندفع عنه إلا إذا أحاله على معروف يمكن الوصول إليه كيلا يتضرر المدعي والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة، ألا ترى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل: «أتعرف فلاناً فقال: نعم فقال: هل تعرف اسمه ونسبه فقال: لا، فقال: إذاً لا تعرفه»[1] وكذا لو حلف لا يعرف فلاناً وهو لا يعرفه إلا بوجهه لا يحنث، فإذا لم يكن معروفاً إلا بوجهه عند الشهود لا يتمكن المدعي من اتباعه فيتضرر باندفاعها عنه **وعند أبي حنيفة رحمه الله تندفع الخصومة** عنه لأن ذا اليد أثبت ببينته أن العين أخذها من غير المدعي، وأن يده يد حفظ إذ الشهود يعرفون المودع بوجهه ويقولون: إنه غير هذا المدعي ومقصود ذي اليد إثبات يد حافظة، وأن العين ليست، لهذا الحاضر وهذه البينة كافية، لهذا المقصود وحصول الضرر للمدّعي

إتقاني. **قوله**: (**وإن كان معروفاً بالحيل**) أي بالتزوير اهـ **قوله**: (**رجع إلى هذا القول**) أي أبو يوسف اهـ **قوله**: (**لأن الخصومة توجهت**) الذي بخط الشارح لأنها توجهت اهـ **قوله**: (**وعند أبي حنيفة تندفع الخصومة إلخ**) قال الإتقاني: فإن قال الشهود: نعرف فلاناً الغائب بوجهه ولكن لا نعرف اسمه ونسبه فكذلك تندفع الخصومة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، لأنه ثبت وصول العين إلى ذي اليد من جهة غير المدّعي فثبت أن يده يد غيره وإنه ليس بخصم وهذا يكفي لدفع الخصومة، كما لو أقر المدّعي بذلك تندفع الخصومة فكذلك هذا وعند محمد لا تسمع هذه البينة ما لم يذكروا اسم الغائب ونسبه لأن ذا اليد خصم باعتبار اليد وهو يملك نقل الخصومة إلى غيره أما لا يملك إبطال الخصومة لأنه حق المدعي، ومتى صار الغائب معروفاً بالاسم والنسب كان نقلاً وإذا لم يصر معروفاً لا يتمكن المدعي من الخصومة معه فيكون إبطالاً لحق المدعي، وإن قال الشهود: أودعها رجل لا

بعدم التمكن من اتباعه مضاف إلى نفسه حيث نسي خصمه، أو إلى شهوده حيث لم يعينوا له خصمه فأضروا به ونحن لانسلم أنه بمثله لا يثبت التعريف، ولكن ليس تعريف خصمه على ذي اليد وإنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وأن يده يد حفظ وذلك يحصل بمثله، ولا يحتاج فيه إلى معرفته من كل وجه وينبغي أن يكون قول أبي يوسف على هذا التفصيل الذي ذكرنا وتسمى هذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى **لأن فيها** خمس صور من دعوى الوديعة والعارية وغيرهما أو فيها اختلاف خمسة من الأئمة، وقد بيناه بحمد الله تعالى.

قال رحمه الله: (وإن قال: ابتعته من الغائب أو قال المدّعي: غصبته أو سرق مني وقال ذو اليد: أو دعنيه فلان وبرهن عليه لا) أي لا تندفع الخصومة في هذه الصور وإن أقام المدّعى عليه بينة أنه أودعه فلاناً لأن ذا اليد في المسألة الأولى بدعواه الشراء من الغائب صار معترفاً بأن يده يد ملك فيكون معترفاً بأنه خصم، وفي المسألة الثانية أن المدّعي لما قال لصاحب اليد غصبته/ مني صار ذو اليد خصماً [٣١ ١/٢] باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالإحالة على غيره، لأن اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذي اليد ولا تندفع الخصومة بانتفاء يده حقيقة بخلاف دعوى الملك المطلق، وقد ذكرناه من قبل ولو أقام الخارج البينة فقضى له به ثم جاء المقرّ له الغائب وأقام بينته على ذلك تقبل بينته لأن

نعرف اسمه ولا نعرفه بوجهه وقال ذو اليد: أعرفه بوجهه لا تندفع الخصومة لأن هذه شهادة للمجهول ولعل المودع هو المدعي فعلى اعتبار كون المدعي هو المودع لا تندفع الخصومة واليد دليل الخصومة فلا تندفع الخصومة بالشك، وإن قال الشهود: نعرفه بوجهه وقال ذو اليد: لا أعرفه بوجهه لا تقبل لأنهم شهدوا بزيادة على ما يدعيه ذو اليد فصار مكذباً لهم في بعض شهادتهم فإن قال ذو اليد: أعرفه بوجهه وشهوده شهدوا أنه أودعها رجل فالقاضي يسأل الشهود هل تعرفونه بوجهه فإن قالوا: نعم قبلت شهادتهم وإلا فلا تقبل، وإن شهدوا على المدعي أنه أقر أن رجلاً دفع إليه تقبل وتندفع الخصومة لأن الثابت بالبينة، كالثابت معاينة ولو أقر المدعي عند القاضي أن رجلاً دفعه إليه لا أعرفه بوجهه ونسبه تندفع الخصومة فكذا هذا، وهذا لأن الشهادة حصلت بالمعلوم وهو إقرار المدعي فتقبل، لكن المقر له مجهول وجهالة المقر له لا تمنع صحة الإقرار، فأما جهالة المشهود له تمنع قبول الشهادة ولو لم يكن لذي اليد بينة على الإيداع عنده حتى قضى القاضي به للمدعي ثم وجد ذو اليد بينة، على الإيداع لا تسمع والقضاء للمدعي ماض، وهذا بخلاف ما إذا أقام الخارج بينة على النتاج، أو على الملك المطلق على ذي اليد وقضى به القاضي ثم أقام ذو اليد البينة على النتاج حيث يبطل القضاء للخارج لأنه ظهر به بطلان القضاء. **قوله: (فيها)**

الغائب لم يصر مقضياً عليه، وإنما قضى على ذي اليد خاصة، وفي المسألة الثالثة قول المدّعي: سرق مني يكون دعوى الفعل عليه في المعنى استحساناً وإنما جهله بالبناء للمفعول لأجل الستر عليه كيلا يقطع فصار كأنه قال له: سرقته مني وقال محمد: تندفع الخصومة عنه، وهو القياس لأنه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال: غصب مني على البناء للمفعول، ووجه الاستحسان ما بيناه، وهذا بخلاف مسألة الغصب لأنه لم يدع عليه الفعل وليس فيه ما يوجب العدول عنه إذ الحد لا يجب على فاعله فلا يحترز عن كشفه، ولو ادّعى أنه اشتراها من ذي اليد وقبضها ونقد الثمن، وأقام ذو اليد البينة أن فلاناً أودعها إياه اندفعت الخصومة، وإن ادّعى على ذي اليد فعلاً لأن المدعى عقد استوفى أحكامه فصار كالعدم فكان كدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع.

قال رحمه اللّه: (وإن قال المدعي: ابتعته من فلان، وقال ذو اليد: أودعنيه فلان ذلك **سقطت** الخصومة) لاتفاقهما على أن أصل الملك لغير المدعي فيكون وصوله إلى يده من جهة غير المدعي ضرورة فلم يكن ذو اليد خصماً، ولا للمدعي أخذه من يده إلا أن يقيم البينة أن فلاناً، وكله بقبضه في أخذه لكونه أحق بالحفظ، ولو صدقه ذو اليد في شرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم إليه حتى لا يكون قضاء على الغائب بإقراره وهي عجيبة، ولو قال ذو اليد أودعنيه وكيل فلان ذلك **لا تندفع الخصومة إلا ببينة** لأن وصول الدار إلى يد ذي اليد لم يثبت من جهة من اشترى هو منه لإنكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لإنكار المدعي، وكذا لو أثبت بالبينة أنه دفعها إلى الوكيل ولم يشهدوا أن الوكيل دفعها إلى ذي اليد، بخلاف المسألة الأولى وهي مسألة الكتاب لأن وصول العين إليه من جهة الغائب ثبت بتصادقهما بإقرار ذي اليد نصاً وبإقرار المدّعي ضرورة، لأن الشراء منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده، والظاهر أنه وصل إليه من جهته، ولو قال ذو اليد: إن فلاناً أودعني العين فقال المدعي: كان أودعك إياها ثم وهبها منك أو باعك إياها وأنكر ذو اليد استحلف باللّه ما وهبها له، ولا باعها منه فإن نكل عن اليمين جعله خصماً لأن نكوله كإقراره بذلك وقد بينا أن إقراره بالشراء اعتراف منه بأنه خصم، وإن حلف لم يكن خصماً، ولا يحتاج لإقامة البينة بالوديعة لإقرار المدعي بها، واللّه سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

أي في دعوى الفعل اهـ **قوله**: (**سقطت إلخ**) ولو طلب المدّعي يمينه على ما ادّعى من الإيداع يحلف على البتات اهـ كاكي. **قوله**: (**لا تندفع الخصومة إلا ببينة**) أي لأن الوكالة لا تثبت بقوله اهـ

باب ما يدعيه الرجلان

قال رحمه الله: (برهنا على ما في يد آخر قضي لهما) يعني إذا ادّعى اثنان عيناً في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ولم يذكرا سبب الملك، ولا تاريخه قضي بالعين بينهما لعدم الأولوية، **وعن الشافعي أنهما يتهاتران وعنه أنه يقرع بينهما** لأن إحدى الطائفتين كاذبة بيقين لاستحالة أن يملك شخصان عيناًواحدة كل واحد منهما كلها **فتعين/ التهاتر** لعدم الأولوية **كما في دعوى النكاح** أو المصير إلى القرعة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام: «أقرع بين رجلين تنازعا في أمة وأقام كل واحد منهما بينة أنها له فقال: اللّهم أنت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته»[١] ولأن القرعة لتعيين المستحق أصل في الشرع كما في القسمة وقال مالك رحمه الله: يقضي لا عدلهما بينة لأن الشهادة تصير حجة بالعدالة، فالأعدل أقوى في الحجة فلا يزاحمه الضعيف، وقال الأوزاعي: يقضي لمن كان شهوده أكثر عدداً لأن طمأنينة القلب الحاصلة به أرجح ولنا ما روي عن أبي موسى «أن رجلين ادّعيا بعيراً على عهد رسول الله ﷺ فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله ﷺ بينهما نصفين»[٢] رواه أبو داود. وعن أبي موسى «أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في دابة ليس لواحد منهما بينة، فجعلها بينهما نصفين» رواه أبو داود والنسائي وأحمد وغيرهم، **ولأنهما استويا** في سبب الاستحقاق وهو قابل

[٣١ ب/٣]

باب ما يدعيه الرجلان

لما ذكر فيما تقدم دعوى الواحد شرع في دعوى الاثنين لأن المثنى بعد الواحد اهـ غاية. **قوله: (وعن الشافعي أنهما تتهاتران)** أي وتجب القسمة بينهما على قوله اهـ غاية. **قوله: (وعنه أنه يقرع بينهما)** قال الإتقاني بعد حكاية هذين القولين عن الشافعي: ويتوقف إلى الصلح على قول كذا في وجيزهم اهـ **قوله: (فتعين التهاتر)** أي لأن القاضي تيقن بكذب إحدى البينتين فلم يمكنه تعيين الصادقة من الكاذبة اهـ غاية. **قوله: (كما في دعوى النكاح)** يعني لو شهد لكل واحد منهما شاهدان على نكاح امرأة اهـ **قوله: (ولأنهما استويا إلخ)** قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: وكذلك على هذا الخلاف خارجان ادَّعيا نتاج دابة وأقاما البينة جميعاً وكذلك إذا ادّعيا الشراء من واحد، وأقاما جميعاً البينة والدار

---

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية (٣٦١٣).

(٢) أخرجه النسائي في آداب القضاة (٥٤٢٤)، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٣٠)، وأحمد في مسنده (١٩١٠٦).

للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كالموصى لهما بأن أوصى لكل واحد منها بالثلث فإنه يقسم الثلث بينهما نصفين، وكذا الغريمان في التركة، بخلاف النكاح لأنه لا يقبل الاشتراك فتعين التهاتر، ولأن البينات من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن هنا لأن الأيدي قد تتوالى فيعين واحدة في أوقات مختلفة فيعتمد كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالتنصيف بينهما، ولا يجوز الترجيح بكون الشهود أعدل لحصول المقصود بالكل وهو الامتناع عن الكذب، وكذا لا يجوز الترجيح بكثرة العدد لأن الترجيح يكون بقوّة في الدليل لا بكثرته، وما روي أنه عليه الصلاة والسلام: «أقرع بينهما»[1] إن صح فهو محمول على أنه كان في وقت كان القمار مباحاً ثم انتسخ بانتساخ القمار، ألا ترى أن القرعة لتعيين الاستحقاق بها لا يجوز لكونها قماراً فكذا التعيين المستحق، وإنما يقرع في القسمة لتطييب القلب ونفي التهمة لا للاستحقاق، ألا ترى أن للإمام أن يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القمار.

قال رحمه الله: (وعلى نكاح امرأة سقطا وهي لمن صدّقت أو **سبقت بينته**) يعني لو أقام اثنان بينة على أن هذه المرأة زوجته تهاترت البينتان [لتعذر القضاء][2] بهما إذ النكاح لايقبل الاشتراك **وهي زوجة لمن صدّقته منهما** لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع إلى تصديقها فيجب اعتبار قولها إن أحدهما زوجها أو أسبقهما نكاحاً إلا إذا كانت في بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى، ولا يعتبر قولها لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوّجها قبله فيكون هو أولى لأن الصريح يفوق الدلالة فلا يعتبر معه، فصار نظير ما لو ادّعى رجل نكاح امرأة فأقام بينة فحكم له به حتى لا يقبل دعوى أحد النكاح فيها بعده لكونها أقوى لاتصال القضاء بها وهو المراد بقوله: أو

في يد ثالث ولم يعرف سبق أحدهما اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (أو سبقت بينته)** لو قال: كما لو سبقت بينته لكان أولى اهـ تأمل. **قوله: (وهي زوجة لمن صدّقته منهما)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في آخر باب اختلاف الأوقات في الدعوى من شرح الكافي: ولو ادّعى رجلان عبداً في أيديهما ولا بينة لهما فقال العبد: أنا لأحدهما هذا بعينه لم يصدّق وهو لهما لأن أيديهما دليل الملك على العبد لأنه ليس له يد دافعة فلا يقبل، قوله: بخلاف ما لو ادّعيا امرأة في أيديهما فأقرت لأحدهما حيث يقضى بها له، لأن المرأة ليست في يد أحد لأنها في يد نفسها فيعتبر إقرارها بالزوجية اهـ إتقاني. **قوله: (لتعذر**

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/٢٥٩).

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

سبقت بينة أحدهما لأنها لما سبقت وحكم بها تأكدت فلا تنقض بغير المؤكدة إلا إذا أثبتت الثانية أن نكاحه أسبق فحينئذٍ تكون أولى لأن [الثابت بالبينة][1]، كالثابت عياناً فحاصله أنهما إذا تنازعا في امرأةٍ وأقاما البينة فإن أرّخا وكان تاريخ أحدهما أقدم كان هو أولى، وإن لم/ يؤرخا أو استوى تاريخهما فإن كان مع أحدهما قبض [٣٢ ١/٣] كالدخول بها أن نقلها إلى منزله كان هو أولى، وإن لم يوجد شيء من ذلك يرجع إلى تصديق المرأة.

قال رحمه اللّه: (وعلى الشراء منه لكل نصفه ببدله إن شاء) أي لو أقام كل واحد من الخارجين بينة على الشراء من ذي اليد بلا تاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن إن شاء، وإن شاء ترك لأنهما لما استويا في السبب وجب على القاضي أن يقضي به بينهما **لتعذر القضاء بكله لكل واحد منهما على** ما بينا، فيتخير كل واحد منهما **لتغير شرط عقده عليه** فصار نظير الفضوليين إذا باع كل واحد منهما عبداً واحداً من رجل وأجاز المولى البيعين وهذا لأنه لما جهل التاريخ جعل كأنه باع كله من كل واحد منهما في وقت واحد حكماً، وإن لم يمكن ذلك حقيقة أو يحمل على أن البيع لكل واحد منهما صدر من وكيله وذلك ممكن في وقت واحد.

قال رحمه اللّه: (وبإباء أحدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله) أي لو قضى القاضي بينهما وأبى أحدهما أن يأخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس للآخر أن يأخذه كله لأنه صار في النصف مقضياً عليه فانفسخ البيع فيه، وإنما قلنا ذلك لأنه ببينته استحق جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه ولما قضى القاضي به بينهما صار مستحقاً عليه، وانفسخ البيع في النصف **فلا يكون له أخذه بعد الانفساخ** بخلاف ما لو ترك أحدهما قبل القضاء به بينهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميعه، لأنه أثبت ببينته أنه اشترى الكل وإنما يرجع إلى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء به بينهما، ولم يوجد فصار نظير تسليم أحد الشفيعين فإنه إن كان قبل القضاء فللآخر أن يأخذ كل المبيع، وإن كان بعده فليس له أن يأخذ إلا النصف لأنه يستحق بالسبب كله، والانقسام للمزاحمة ضرورة القضاء به بينهما على ما بينا.

القضاء بكله لكل واحد منهما) أي فإن اختار الأخذ رجع كل منهما على البائع بنصف الثمن إن كان نقده الثمن، وإن لم ينقده أدّى كل واحد منهما نصف الثمن وإن اختار الردّ سلم الدار كلها للبائع ورجع كل واحد منهما على البائع بجميع الثمن إن كان نقد، وإن لم يكن نقد فلا شيء لواحد منهما على البائع اهـ غاية. **قوله: (لتغير شرط عقده عليه)** فلعل رغبته في تملك الكل اهـ هداية. **قوله: (فلا يكون له أخذه بعد الانفساخ)** أي إلا بتجديد ولم يوجد

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

قال رحمه اللّه: **(وإن أرّخا فللسابق)** لأنهما لما ادّعيا الشراء من ذي اليد اتفقا على أنه مالك للمبيع ثم أثبت أحدهما الشراء منه في وقت لا ينازعه فيه أحد فاندفع به الآخر بخلاف ما إذا ادّعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر غير الذي يدعي الشراء منه الآخر حيث لا يترجح فيه صاحب التاريخ الأسبق لأن كل واحد منهما فيه خصم عن بائعه في إثبات الملك له وملك بائعهما لا تاريخ فيه فصار كأنّ البائعين حضرا وأثبتا الملك لأنفسهما مطلقاً من غير تاريخ، وكذا لو أرّخت إحداهما ولم تؤرخ الأخرى **كان صاحب التاريخ أولى** لأنهما اتفقا على أن الملك للبائع ولم يثبت الملك لهما إلا بالتلقي منه، وأن شراءهما حادث والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات إلا إذا أثبت التاريخ فيثبت تقدّمه به فلهذا كان المؤرخ أولى، بخلاف ما إذا اختلف بائعهما على ما بينا، وبخلاف ما إذا ادّعيا الملك ولم يدّعيا الشراء من ذي اليد حيث لا يكون صاحب التاريخ أولى عند أبي حنيفة رحمهما اللّه، على ما نبين فرقه من قريب إن شاء اللّه.

قال رحمه اللّه: **(وإلا فلذي القبض)** أي إن لم يكن لهما تاريخ ومع أحدهما قبض كان صاحب القبض أولى لأن تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه، ولأنهما استويا في إثبات الشراء من ذي اليد وترجح أحدهما بالقبض فلا ينقض قبضه المعاين المتحقق بالاحتمال/ والشك حتى لا ينقض بتاريخ الآخر أيضاً لبقاء الاحتمال فيه، [٣٢ ب/٣] إلا إذا أثبت شراءه قبل شراء ذي اليد فحينئذٍ يكون هو أولى لانقطاع الاحتمال وهذا بخلاف ما إذا اختلف بائعهما ولأحدهما قبض حيث يكون فيه غير القابض أولى لأنهما يحتاجان إلى إثبات الملك لبائعهما أوّلاً فإذاً يجتمع فيه في حق البائعين بينة الخارج وبينة ذي اليد فكانت بينة الخارج أولى وفيما نحن فيه لا يحتاجان إلى إثبات الملك للبائع لثبوته بتصادقهما فكان المنظور إليه سبب الاستحقاق لهما فقط والسبب في حق القابض أقوى لتأكده بالقبض.

قال رحمه اللّه: (والشراء أحق من الهبة) معناه إذا ادّعى أحدهما شراء من

اهـ **قوله في المتن: (وإن أرخا فللسابق)** أي لأنا لما حكمنا للبيع للأوّل ملكه الأول فيكون البائع بعد ذلك بائعاً ملك غيره فلا يصح اهـ إتقاني. **قوله: (كان صاحب التاريخ أولى)** في الهداية لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضي له بالشك اهـ **قوله في المتن: (وإلا فلذي القبض)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: وإن لم يوقت واحد منهما وقتاً وكانت االدار في يد أحد المدّعيين قد قبضها قضيت بها للذي في يديه لأن القبض دلالة السبق في حقه لأن القبض إنما يكون صحيحاً إذا تقدّمه عقد فكان أولى وردّ البائع الثمن على الآخر. **قوله:**

شخص وادّعى الآخر هبة وقبضا من ذلك الشخص بعينه، وأقاما البينة **ولا تاريخ معهما** كان الشراء أولى لأنه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين **ومثبتاً للملك بنفسه** بخلاف ما إذا اختلف المملك لهما أو كان معهما تاريخ **حيث لا يكون الشراء فيه أولى** لأنهما عند اختلاف المملك يصير كل واحد منهما خصماً عن مملكه لحاجته إلى إثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما إذا اتحد المملك لا يحتاجان إلى إثبات الملك له لثبوته باتفاقهما، وإنما حاجتهما إلى إثبات سبب الملك لأنفسهما، وفيه يقدّم الأقوى وفيما إذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد كان لأقدمهما تاريخاً **لثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد** بخلاف ما إذا كان المملك لهما مختلفاً حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ على ما نبيه من قريب إن شاء اللّه تعالى، وكذا الشراء مع الصدقة في جميع ما ذكرنا من الأحكام لما بينا من المعنى ودعوى الهبة والصدقة مع القبض فيهما مستويان لاستوائهما في وجه التبرع، **ولا ترجيح للصدقة باللزوم** لأن أثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجيح يكون بمعنى قائم في الحال، ولأن الرجوع إنما امتنع لحصول المقصود بها، وهو الأجر لا لقوّة في السبب ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجع أيضاً كما إذا كانت لذي الرحم المحرم أو عوّضه الموهوب له عنها والصدقة قد لا تكون لازمة بأن كانت لغني، **وهذا فيما لا يحتمل** القسمة من غير خلاف لأن الشيوع لا يضره، **واختلفوا فيما يحتمل**

(**ولا تاريخ معهما**) أي لأنهما إذا لم يؤرخا صار كأنهما وقعا معاً والشراء أقوى من الهبة اهـ **قوله**: (**ومثبتاً للملك بنفسه**) أي والملك في الهبة يتوقف على القبض اهـ **قوله**: (**حيث لا يكون الشراء فيه أولى**) أي بل يكون بينهما نصفين لقول الشارح رحمه اللّه فيما يأتي وهما في ذلك سواء اهـ قوله: بل يكون بينهما نصفين كذا قال الإتقاني اهـ **قوله**: (**لثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد**) وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى أيهما كان فإن كان المؤرخ هو المشتري فلا إشكال لأن الشراء من غير تاريخ، أولى فمع التاريخ أولى وإن كان أرخ الهبة فالهبة أولى لأن الشراء متأخر معنى فيعتبر بما لو كان متأخراً حقيقة بأن أرخ صاحب الشراء منذ ستة أشهر وصاحب الهبة منذ سنة، وإنما قلنا: ذلك لأن الشراء حادث والأصل في الحوادث إذا لم يعرف حال حدوثها أنه يحكم بحدوثها. **قوله**: (**ولا ترجيح للصدقة باللزوم**) جواب عن سؤال مقدّر بأن يقال: إن الهبة مع القبض والصدقة مع القبض سواء حتى يكون العين بين المدّعيين نصفين وكان ينبغي أن تكون الصدقة أولى لأنها تثبت الملك اللازم من الهبة لأنها تثبت ملكاً غير لازم فأجاب عنه بما قال: وهو أن لزوم الصدقة باعتبار المآل حيث لا يجوز الرجوع فيها لا باعتبار الحال والترجيح، إنما يكون بالأمر الثابت في الحال فلا تترجح الصدقة اهـ إتقاني. **قوله**: (**وهذا فيما لا يحتمل**) أي كون

القسمة والأصح أنه لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كإقامة البينتين على الارتهان، وقيل: هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز بناء على أن هبة الواحد من اثنين جائز عندهما خلافاً له، وهذا لأن الملك يستفاد بقضاء القاضي وقضاؤه كهبة الواحد من اثنين، وقيل: يجوز بالإجماع لأن الشيوع طارئ إذ كل واحد منهما أثبت قبض الكل ثم حصل الشيوع بعد ذلك، وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة، والأصح أنه لا يجوز بالإجماع لأنا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف يقضى له بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة من رجلين بالإجماع، وهذا فيما إذا لم تؤقت البينتان ولم يكن مع واحد منهما قبض، وأمّا إذا وقتتا فصاحب الوقت الأقدم أولى، وإن لم يوقتا ومع أحدهما قبض كان هو أولى، وكذا إن وقت صاحبه على ما بينا في الشراء من ذي اليد.

قال رحمه اللّه: (والشراء والمهر سواء) يعني إذا ادَّعى أحدهما شراء عين من رجل وادّعت امرأة أن/ ذلك الرجل تزوّجها على ذلك العين **فهما سواء** لاستواء البينتين [۲۳ أ/۳] في القوّة لأن كل واحد منهما عقد معاوضة ومثبت للملك بنفسه، بخلاف الهبة والبيع على ما بينا، ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن إن شاء وإن شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه، وهذا عند أبي يوسف رحمه اللّه، وقال محمد رحمه اللّه: الشراء أولى ولها على الزوج قيمة العين لأن العمل بالبينتين ممكن فيصار إليه إذ البينة من حجج الشرع، **والعمل بها مهما أمكن واجب** وقد أمكن العمل بهما بتقديم الشراء إذ النكاح على عين مملوكة للغير جائز وتجب قيمته عند تعذر تسليمها، بخلاف العكس لأن تقدّم النكاح مبطل للبيع إذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير إجازة

الهبة والصدقة سواء فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة صحيح هذا بالاتفاق اهـ إتقاني.
قوله: (واختلفوا فيما يحتمل القسمة) قال الإتقاني: قوله: وكذا فيما يحتمل القسمة عند البعض أي الهبة والصدقة سواء أيضاً عند البعض فيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها ويقضي بينهما نصفين وهو قولهما لأن الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح ولايقضي لهما بشيء وهو قول أبي حنيفة لأنه تنفيذ الهبة في الشائع اهـ وكتب ما نصه قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: وإن كان مما يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضي لهما بشيء عند أبي حنيفة وعندهما يقضي بها بينهما نصفين ولو كان في يد أحدهما قضى له بالإجماع إلى هنا لفظه اهـ إتقاني. **قوله: (فهما سواء)** هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء، أما إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى كما في دعوى الهبة مع الشراء اهـ غاية. **قوله: (والعمل بها مهما أمكن واجب)** حسناً للظن بالشهود اهـ

المالك، قلنا: المقصود من السبب حكمه وحكم النكاح ملك المسمى فيه ومتى قدر متأخراً لم يوجب حكمه فلا يصار إليه كما لا يصار إلى تأخر الشراء فيجعل كأنهما وقعا معاً وهما سواء في إفادة ملك العين فلا يقدّم أحدهما على الآخر كدعوى الشراء منهما، بل القياس أن يكون النكاح أولى من الشراء لأنه أقوى، ألا ترى أنه يفيد ملك العين والتصرف بنفس العقد ولا يبطل بالهلاك قبل التسليم إلا أنا سوّينا بينهما لما ذكرنا، ولأن فيما قاله محمد رحمه اللّه إثبات تاريخ **لم يشهد به أحد** وهو لا يمكن إثباته إلا بحجة.

قال رحمه اللّه: (والرهن أحق من الهبة) يعني لو ادَّعى أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضاً من صاحب اليد، وأقاما البينة ولم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن أولى وهذا استحسان، والقياس أن تكون الهبة أولى لأنها تثبت الملك **والرهن لا يثبته** فكانت البينة المثبتة للزيادة أولى وهذا رواية كتاب الشهادات، وجه الاستحسان أن الرهن مضمون والهبة أمانة والمضمون أقوى فكان أولى **بخلاف الهبة بشرط العوض** لأنها بيع انتهاء، والبيع أولى لكونه عقد ضمان يثبت الملك للحال صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة.

قال رحمه الله: (ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ أو على الشراء من واحد فالأسبق أحق) أي لو أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ أو على الشراء من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان أسبقهما تاريخاً أولى فيهما أما الأولى فالمراد ما ذكره في أول الباب وإنما أعاده هنا لأجل ذكر التاريخ وإنما كان أسبقهما تاريخاً فيها أولى لأنه أثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد، وجعل الكرخي هذا القول متفقاً عليه لأن دعوى ملك مطلق دعوى التملك من جهة المدعى عليه لأن ما يستحقه على ذي اليد من الملك الثابت بظاهر يده يعتبر استحقاقاً للملك على ذي اليد فيكون تملكاً من جهته والتاريخ معتبر في دعوى التملك فصار كما لو ادَّعيا التملك بالشراء من جهة المدعى عليه وجعل صاحب الأمالي أن هذا قول أبي حنيفة وقول محمد رحمهما الله أولاً وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخراً، وفي قول محمد آخراً وهو قول أبي يوسف أولاً هو بينهما لأنه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق لأنه دعوى أولية الملك معنى حتى يستحق بزوائده المنفصلة

إتقاني. **قوله**: (**لم يشهد به أحد**) أي لأنه يجعل الشراء متقدّماً على النكاح ولم يشهد بتقدّمه أحد كما هو فرض المسألة اهـ كاكي. **قوله**: (**والرهن لا يثبته**) أي بل يثبت اليد والملك أقوى من اليد اهـ **قوله**: (**بخلاف الهبة بشرط العوض**) أي فإنها أولى من الرهن اهـ

كالنتاج والمقصود من إثبات التاريخ إثبات / زيادة الاستحقاق على خصمه لتترجح [٣٣ ب/٢] بينته على بينة الخصم فإثبات زيادة الاستحقاق لا تتصور في دعوى أولية الملك فكان التقدم والتأخر فيه سواء، ولو أرخت إحداهما دون الأخرى فهما سواء عند أبي حنيفة رحمة الله وقال أبو يوسف: المؤرخ أولى، وقال محمد المبهم أولى لأن البينة على الملك المطلق تدل على الملك من الأصل على ما بينا، ألا ترى أنه يستحق به الأولاد والأكساب وملك الأصل أولى من التاريخ، ولأبي يوسف رحمه الله أن المؤرّخ ملكه متيقن في ذلك الوقت ولم يتيقن بملك الآخر فكان المتيقن أولى من المحتمل فصار نظير ما لو ادَّعيا الشراء من واحد ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن المبهم يحتمل أن يكون أقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال، بخلاف ما إذا ادّعيا الشراء من واحد لأنهما اتفقا على الحدوث فيضاف الى أقرب أوقاته مالم يؤرّخ فإذا أرّخ دل على سبق ملكه فترجح به ا لآخر ، وإن لم يؤرخ واحد منهما فهما سواء على ما ذكر ناه في أول الباب ، وكذا إذا أرّخا تاريخاً واحداً لعدم المرجح، وأما الثانية فلأنهما لما ادَّعيا الشراء من شخص واحد فقد اتفقا على أن الملك له فمن أثبت منهما التلقي من جهته في زمان لايزاحمه فيه أحد كان أولى لاتفاقهما على أن الملك لا يثبت إلا بالتلقي منه بخلاف ما إذا كان كل واحد منهما يدعي الشراء من شخص آخر غير الذي يدعي منه صاحبه الشراء على ما يجيء من قريب إن شاء اللّه تعالى، ولو لم يؤرخا فهما سواء، وإن أرّخت إحداهما دون الأخرى فالمؤرخ أولى لما بينا، وإن كان مع أحدهما قبض، كان هو أولى ولو أرخ الآخر ما لم يثبت أنه أقدم تاريخاً فحاصله أن هذه المسألة مثل المسألة المتقدمة، وهي إذا ادَّعيا الشراء من ذي اليد في جميع ماذكرنا من الأحكام حتى لو ادَّعى أحدهما الشراء والآخر الهبة والقبض، أو ادَّعى أحدهما الشراء والآخر المهر أو أحدهما الرهن والآخر الهبة كان الجواب فيها في جميع صورها، كالجواب في تلك على ما بينا والجامع بينهما أن المدعيين في المسألتين اتفقا بدعواهما الشراء من شخص واحد على أن الملك كان له، وأن الملك لغيره لا يثبت إلا بالتلقي منه فكان حكمهما واحداً.

قال رحمه اللّه: (وعلى الشراء من آخر وذكرا تاريخاً استويا) يعني لو أقام كل واحد منهما بينة على الشراء من رجل غير الذي يدعي الشراء منه صاحبه كانا سواء حتى يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن لأن كل واحد منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق، ولا تاريخ فيه فيثبت لكل واحد من البائعين ملك مطلق فيكون بينهما فصار كما إذا حضر البائعان وادّعيا الملك من غير تاريخ، وكذا لو ذكر أحدهما تاريخاً دون الآخر فهما سواءلأنه لا يترجح بالتقدم

حقيقة فكيف يترجح بالاحتمال بخلاف ما إذا كان المملك لهما واحداً حيث يكون أقدمهما تاريخاً أولى لأن ملك بائعهما يثبت بإقرارهما فلا يتصوّر التملك إلا من جهته، فإذا ملكه لأحدهما خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير مالك فلا يجوز، وكذا لو أرّخ أحدهما كان المؤرخ أوّلى به لماذكرنا من قبل، ولو ادَّعى شخص هبة وقبضا من رجل وادَّعى آخر شراء من غيره وادَّعى ثالث ميراثاً من غيرهما وادَّعى رابع صدقة وقبضاً من غيرهم، وأقاموا البينة قضى بينهم أرباعاً سواء كان معهم تاريخ أو مع بعضهم أو لم يكن لما/ ذكرنا أنهم يثبتون الملك **لمملكهم**، وذلك لا تاريخ فيه ولا يقدم الأقوى هنا لما ذكرنا من قبل. [٣٤ ١/٣]

قال رحمه اللّه: (ولو برهن الخارج على ملك مؤرخ وتاريخ ذي اليد أسبق أو برهنا على النتاج وسبب ملك لا يتكرر، أو الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أحق) يعني في المسائل الثلاث، أما في الأولى فالمذكور قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه ورواية عن محمد رحمه اللّه **ثم رجع عنه** فقال: لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق أصلاً لأن البينة في الملك المطلق تثبت أوّلية الملك فيستوي فيها التقدم والتأخر فصارا كأنهما قامتا على الملك المطلق، بخلاف ما إذا ذكر السبب كالشراء ونحوه لأنهما يثبتان الحدوث **وفيه الأقدم** أولى ما لم يدع المتأخر التلقي من جهة المتقدم وجه قولهما: أن البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده إلا بالتلقي من جهته وهو لم يدع ذلك، ولو استوى تاريخهما أو لم يكن معهما تاريخ أو كان مع أحدهما دون الآخر كان الخارج أولى لأن بينته تثبت غير الظاهر وبينة ذي اليد لا تثبت غير ما ظهر باليد والبينات للإثبات فكانت بينة الخارج أولى ما لم يثبت ذو اليد التقدم عليه صريحاً بلا احتمال، وفيما إذا أرّخت بينة ذي اليد وحدها خلاف أبي يوسف فإنه يقول: بينة ذي اليد أولى فيها وهو رواية عن أبي حنيفة لأن ملكه ثبت في وقت متقدم بيقين وملك الآخر محتمل فلا يزاحم المتيقن فصار كما إذا أرخت إحداهما في دعوى الشراء من واحد قلنا بينة ذي اليد لا تقبل إلا إذا تضمنت الدفع ولم تتضمن هنا لاحتمال أن يكون ملك الخارج أقدم بخلاف ما إذا ادَّعيا الشراء من واحد حيث يكون صاحب اليد أولى في الصور كلها إلا إذا أرَّخا وكان تاريخ الخارج أقدم لأن تمكنه من القبض يدل على سبقه على ما بينا، **ولو كان**

إتقاني. **قوله: (لمملكهم)** هو بالإفراد في خط الشارح اهـ **قوله: (ثم رجع عنه)** قال القدوري في التقريب: ذكر ابن سماعة عن محمد أنه رجع عن هذا بعد عوده من الرقة سنة ثلاث وثمانين ومائة وقال الخارج أولى اهـ إتقاني. **قوله: (وفيه الأقدم)** أي سواء كان البيع واحداً

المدعى في أيديهما وأرخا كان أقدمهما تاريخاً أولى عندهما لما بينا أن بينة ذي اليد مقبولة عندهما للدفع وعند محمد هو بينهما لأنه لا يعتبر الوقت في الملك المطلق، ولو أرخت إحداهما دون الأخرى **والمسألة بحالها** كان بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد لأن أبا حنيفة لا يعتبر التاريخ من أحد الجانبين في الملك المطلق للاحتمال على ما بينا ومحمد رحمه الله لا يعتبره بالكلية فيكون بينهما، وعند أبي يوسف رحمه الله هو للمؤرخ منهما لأن تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن ملكه في ذلك الوقت واحتمال الآخر على ما بينا فرجح بالتيقن، وأما الثانية **وهي ما إذا أقاما** البينة على النتاج أو على سبب آخر لا يتكرر فلأن بينتهما قامتا على ما لا تدل عليه اليد فاستويا في الإثبات وترجحت بينة صاحب اليد باليد فيقضي له به ولا عبرة للتاريخ لأن أوّلية الملك تستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من أحدهما أو منهما اتحد التاريخان، أو اختلفا ما لم يذكر تاريخاً مستحيلاً بأن لم يوافق سن المدّعي والقياس أن يكون الخارج أولى لأنهما استويا في إثبات أوّلية الملك وترجح الخارج بإثبات ما لا تدل عليه اليد وهو الملك لنفسه فكان أولى وبه قال ابن أبي ليلى، وقال عيسى بن أبان: تهاترت البينتان، ويترك في يد ذي اليد **لا على وجه القضاء** لأن أحدهما كاذب بيقين لاستحالة نتاج دابة من دابتين فصار نظير الشهادة بالقتل/ في مكانين [٣٤ ب/٣] وجه الاستحسان ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «قضى لذي اليد بناقة بعدما أقام الخارج بينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها»[(١)]، ولأن اليد لا

أو اثنين اهـ **قوله**: (**ولو كان المدعي إلخ**) الحاصل أن الخلاف متحد فيما إذا كان المدعى في أيديهما ووقتا وتاريخ أحدهما أسبق وفيما إذا كان في يد أحدهما ووقتا وتاريخ أحدهما أسبق اهـ **قوله**: (**والمسألة بحالها**) يعني به قوله: ولو كان المدعى في أيديهما اهـ كاكي. **قوله**: (**وهي ما إذا أقاما**) أي الخارج وذو اليد اهـ وكتب ما نصه: قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وإذا كانت الدابة في يدي رجل فادَّعى رجل أنها دابته نتجها عنده وأقام البينة على ذلك وأقام الذي في يديه البينة أنها دابته نتجها عنده فإنه يقضي بها للذي هي في يديه أخذ هذا بالسنة والقياس أن لا يقضي بواحدة منهما لأنهما تعارضا في الإثبات وليس أحدهما بأولى من الآخر، لكنا نرد القياس بالسنة وهو ما روى محمد عن أبي حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر أن رجلاً ادَّعى ناقة في يدي رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها عنده وأقام الذي هي في يديه أنها ناقته نتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يديه. **قوله**: (**لا على وجه القضاء**) حتى يحلف ذو

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/ ٢٥٧) بنحوه.

تدل على أوّلية الملك **فكان مساوياً للخارج فيها** فبإثباتها يندفع الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع، ألا ترى أنهما لو أرَّخا في دعوى الشراء وبينة ذي اليد أقدم تقبل بالإجماع، وكذا في الملك المطلق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه لما فيها من تضمن معنى الدفع، فكذا هنا ولا يلزم ما إذا ادَّعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والإجارة والعارية حيث تكون بينة الخارج أولى، وإن ادّعى ذو اليد النتاج لأن بينة الخارج في هذه الصور أكثر إثباتاً لأنها تثبت الفعل على ذي اليد وهو الغصب وأشباهه إذ هو غير ثابت أصلاً، وأوّلية الملك إن لم يكن ثابتاً باليد فأصل الملك ثابت بها ظاهراً فكان ثابتاً باليد من وجه دون وجه فكان إثبات غير الثابت من كل وجه أولى إذ البينة للإثبات، **وما قاله عيسى** غير صحيح لأن محمداً ذكر في خارجين أقام كل واحد منهما البينة على النتاج أنه يقضي به بينهما ولو كان الطريق ما قاله هو لتهاترتا، وكذا لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما والسواقط في يد الآخر وأقام كل منهما البينة على النتاج يقضي بها، وبالسواقط لمن في يده أصل الشاة ولو كان الطريق ما ذكره لترك في يد كل واحد منهما ما في يده وثمرة ما قاله تظهر في التحليف لأنهما إذا تهاترا **يصار إلى التحليف** ولو أقام الخارج البينة أنه اشتراه من فلان، وأنه ولد عنده وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراه من فلان آخر وأنه ولد عنده كان ذو اليد أولى لأن كل واحد منهما خصم في إثبات نتاج بائعه، كما أنه خصم في إثبات الملك له ولو حضر البائعان وأقاما البينة على النتاج كان صاحب اليد أولى فكذا من قام مقامهما، ولو أقام أحدهما على الملك والآخر على النتاج كان صاحب النتاج أولى أيهما كان لأنه يثبت أوّلية الملك وبعده لا يملكه غيره إلا بالتلقي من جهته، وكذا لو كان الدعوى بين الخارجين لما ذكرنا، ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضي له إلا أن يعيدها ذو اليد لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه فجاز له أن يدعيه، وكذا المقضيّ عليه بالملك المطلق لو أقام البينة على النتاج تقبل بينته وينقض القضاء لأن الخارج لم يستحق على ذي اليد شيئاً لأن ملك ذي اليد ثبت بالنتاج صريحاً وبعدما ثبت الملك له به لا يتصوّر أن يكون للخارج بذلك السبب لأن النتاج لا يتكرر فلا يمكن أن يجعل ما استحقه

اليد للخارج على ما سيجيء قريباً اهـ **قوله: (فكان مساوياً للخارج فيها)** أي في دعوى النتاج اهـ **قوله: (وما قاله عيسى إلخ)** هذا الذي ذكره الشارح من الرد إنما يتوجه على عيسى لو كان عيسى شارحاً لكلام محمد أما إذا كان ما قاله عيسى مذهباً له لا لمحمد كيف يردّ عليه بمذهب محمد اهـ قارئ الهداية. **قوله: (يصار إلى التحليف)** أي تحليف ذي اليد للخارج عند عيسى وعندنا لا يحلف لأنه يقضي بها لذي اليد قضاء استحقاق اهـ **قوله:**

الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد مستحقاً على ذي اليد، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه كما يحتمل أن يكون له من الأصل يحتمل أن يكون له من جهة صاحب اليد فأمكن أن يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد مستحقاً على ذي اليد فجعل كذلك في حق ترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد فإذا لم يصر مقضياً عليه في حق النتاج تقبل بينته كما تقبل بينة الأجنبي لأنه بمنزلة نص ترك بخلاف ما إذا ادّعى ذو اليد الملك المطلق حيث لا يحكم له به للاحتمال الذي ذكرنا آنفاً، وفصار الأصل أن من صار مقضياً عليه/ في حادثة لا يقضي [٣٥ ١/٣] له فيها وإلا قضي له فيها، وقوله: **وسبب ملك لا يتكرر** معناه كل سبب لا يتكرر في الملك إذا ادّعاه صاحب اليد كان حكمه حكم النتاج في جميع ما ذكرنا من الأحكام، **وذلك مثل حلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد** وجز الصوف والمِرْعِزَّى وغزل القطن والكتان ونسج الثوب من غزلهما، وإن كان يتكرر قضى به للخارج وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب لأن ثوب الخز والصوف والشعر **إذا بلا** ينقض ويغزل مرة أخرى ثم ينسج فيحتمل أن ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكاً له بهذا الطريق فلم يكن في معنى النتاج بمنزلة الملك المطلق وكذا غيره لأن البناء والغرس والزراعة يتأتى فيها التكرار، وإن أشكل عليهم يسأل عدول أهل الخبرة بذلك لقوله تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا

(**وسبب ملك لا يتكرر**) يعني إذا أقاما البينة على نسج ثوب فيما لا يتكرر نسجه كغزل القطن، كان ذو اليد أولى لأن ما لا يتكرر في معنى النتاج وهو لا يتكرر، وكذلك حلب اللبن فإذا أقام كل واحد منهما البينة أن هذا اللبن حلب في ملكه وكذلك اتخاذ الجبن بأن أقام كل واحد منهما البينة أن هذا اللبن حلب في ملكه وكذلك اتخاذ الجبن بأن أقام كل واحد منهما البينة أن الجبن له صنعه في ملكه وكذا اتخاذ اللبد والمِرْعِزّى[١] أنه صنعه في ملكه، وكذا الصوف إذا أقام رجل البينة أنه صوفه جزه من غنمه، وأقام ذو اليد بينة على مثل ذلك، كان ذو اليد أولى اهـ إتقاني. **قوله**: (**وذلك مثل حلب اللبن**) أي كما إذا قال حلب هذا اللبن في ملكي اهـ فرشتا. **قوله**: (**واتخاذ الجبن واللبد إلخ**) قال الإتقاني: وكذلك الغرس وزراعة الحبوب فتكرر فإنه يغرس في موضع ثم يقلع ويغرس ثانياً وكذلك الحبوب تزرع ثم تغربل فتزرع مرة أخرى اهـ **قوله**: (**إذا بلا**) كذا بخط الشارح وصوابه إذا بلي قال في المصباح: بلي الثوب يبلى من باب تعب بلي بالكسر اهـ قال الكاكي: والخز اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاً قيل هو ينسج فإذا بلي يغزل مرة أخرى ثم ينسج اهـ **قوله**:

---

(١) هو بكسر الميم والعين وتشديد الزاي مقصور، الزَّغَبُ الذي تحت شعر العنز، انظر مختار الصحاح والمصباح المنير مادة (رعز).

تعلمون ﴾ [النحل: ٤٣]، والواحد منهم يكفي والأحوط الاثنان، وإن أشكل عليهم قضى به للخارج لأنه الأصل والعدول عنه بخبر النتاج فلا يلحق به إلا ما هو في معناه من كل وجه بشرط أن يبين في الدعوى نصاً أن ذلك السبب وجد في ملكه حتى إذا قال كل واحد منهما أو ذو اليد وحده: نسجت هذا الثوب أو نتجت هذه الدابة عندي كان الخارج أولى لأن الإنسان ينسج لغيره وتلد دابة الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على أن الثوب نسجه في ملكه، وأن الدابة ولدت في ملكه فبقي دعوى مطلق اليد وفيه الخاررج أولى ولا تقبل بينة ذي اليد فيه حتى ينص عليه ويقول: نسجته في ملكي أو نسج في ملكي أو ولدت الدابة في ملكي وعلى هذا لو قال: هذا جبني اتخذته أنا، أو قال: اللبن الذي اتخذ منه هذا الجبن ملكي أو الشاة التي حلب منها لبنه ملكي كان الخارج أولى لما ذكرنا، ولو قال : اتخذته في ملكي أو حلب لبنه في ملكي، كان ذو اليد أولى وعلى هذا لو أقام الخارج البينة أن فلاناً القاضي قضى له بها بالبينة وأقام ذو اليد أنها نتجت في ملكه كان ذو اليد أولى وعند محمد رحمه اللّٰه لما ذكرنا، وعندهما الخارج أولى لأن القضاء قد صح ظاهراً ويحتمل أنه اشتراه من ذي اليد فلا ينقض قضاؤه ما لم يظهر خطؤه بيقين، وأما الثالثة وهي ما إذا أقام الخارج البينة على الملك وأقام ذو اليد البينة على الشراء منه فلأن الخارج أثبت الملك لنفسه ببينته وأثبت ذو اليد التلقي منه فكان له بحكم التلقي منه، **وإقراره** بأنه له في ضمن دعوى شراء منه لا يمنع صحة دعواه وقبول بينته، كما إذا أقرّ له بالملك صريحاً ثم ادّعى بعد ذلك أنه اشتراه منه في زمان يمكن الشراء منه لأنه لا تنافي إذ التوفيق ممكن.

قال رحمه اللّٰه: (ولو برهن كل على الشراء من الآخر ولا تاريخ سقطا وتترك الدار في يد ذي اليد) أي لو أقام كل واحد من الخارج وذي اليد أو الخارجين أو ذوي الأيدي البينة على الشراء من صاحبه ولا تاريخ لهما تهاترت البينتان، ويترك المدّعى في يدي ذي اليد لا على وجه القضاء وهذا عند أبي حنيفة وأبي ويوسف رحمهما اللّٰه، وقال محمد رحمه اللّٰه: إن كانت في يد أحدهما يقضي بالبينتين وتكون للخارج لإمكان العمل بها بجعل ذي اليد مشترياً من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع إليه لأن تمكنه من القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس، لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده، ولهما/ [٣٥ ب/٢] أن الإقرار بالشراء من صاحبه إقرار منه بالملك له فصارت بينة كل واحد منهما كأنها قامت على إقرار الآخر وفيه التهاتر بالإجماع لتعذر الجمع فكذا هذا لأنه يلزم من القضاء بهما

(**وإقراره**) أي وإقرار ذي اليد بالملك للخارج اهـ

القضاء لذي اليد بمجرد السبب من غير أن يترتب عليه حكمه وهو الملك، وذلك باطل لأنه يؤدّي إلى بطلان السبب إذ السبب لم يشرع إلا لحكمه فإذا لم يفد حكمه لم يكن مشروعاً كطلاق الصبي وعتاقه فإذا لم يكن مشروعاً يخرج من أن يكون سبباً لأن سببيته بالشرع، وإنما قلنا ذلك لأنه لا يمكن الحكم لذي اليد إلا بملك مستحق فيلزم منه القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يجوز ثم لو شهدت البينتان بقبض الثمن تقاصا إن كان الثمنان من جنس واحد وتساويا، وإن كان أحدهما أكثر رجع بالزيادة، وإن اختلفا جنساً ردّ كل واحد منهما ما قبض لأنه مضمون عليه وإن لم يشهدوا بقبض الثمن لا يتأتى القصاص عندهما لعدم الوجوب، وعند محمد رحمه اللّه يتأتى لوجوبه عنده، ولو شهد الفريقان بالبيع وقبض المبيع تهاترت البينتان بالاتفاق لتعذر التوفيق، أما عندهما فظاهر على ما بينا، وأما عند محمد رحمه اللّه فلأن البيعين وإن كانا جائزين لوجودهما بعد القبض لكن ليس فيهما ذكر التاريخ ولا دلالته حتى يجعل أحدهما سابقاً والآخر لاحقاً بخلاف ما إذا لم يذكرا قبض المبيع لأنه أمكن هناك أن يجعل شراء ذي اليد متقدّماً لدلالة اليد على ما بينا وهكذا ذكر صاحب الهداية قول محمد في هذه الصورة **وذكر في المحيط** أنه يقضي لهما عنده فيجعل القبض المعاين آخر القبضين ويحمل ذو اليد آخر المشتريين كأن الخارج اشترى وقبض ثم باعها من ذي اليد وقبض فيقضي بالدار له، ومثله في الجامع وشرح الكرخي والمبسوط والمختلف، **وإن وقتت البينتان في العقار** ولم تثبتا قبضاً، فإن كان وقت الخارج أسبق يقضي بها لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رحمه اللّه يقضي للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وكان ينبغي أن يقضي بها لذي اليد عنده أيضاً فيجعل الخارج كأنه قبضها ثم باعها من بائعه وهو ذو اليد تصحيحاً للعقد وإن أثبتا قبضاً يقضي بها لصاحب اليد بالإجماع لأن البيعين جائزان على القولين لأن الخارج باعها من بائعه بعدما قبضها وذلك صحيح وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضي بها للخارج سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا لأن صاحب اليد قابض، وقد أثبت شراءه سابقاً فيجعل كأنه اشترى أولاً كما شهد به شهوده ثم باعها من بائعه وهو الخارج فيحمل على أنه لم يسلم إليه إن لم يشهدوا بالقبض أو سلم إليه ثم عاد إليه بسبب آخر إن شهدوا بالقبض.

قوله: (وذكر في المحيط) أي وفي الكافي هذا بخلاف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما اهـ قوله: هذا أي ما في الهداية اهـ **قوله: (وإن وقتت البينتان في العقار)** قيد بالعقار

قال رحمه اللّه: (ولا يرجح بزيادة عدد الشهود) معناه أن أحد الخصمين إذا أقام شاهدين، والآخر أكثر لا يرجح بكثرة شهوده لأن الترجيح يكون بقوّة في العلة لا بكثرة العلل لأن ما يصلح دليلاً مستقلاً لا يصلح للترجيح وإنما يرجح بالوصف ولهذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر، وإنما يرجح بقوّة فيها بأن كان أحدهما متواتراً والآخر من الآحاد أو كان أحدهما مفسراً والآخر مجملاً فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد لقوّة/ وصف فيه، وكذا لا يرجح أحد القياسين بالقياس لما ذكرنا. [٣٦ /٣/٢]

قال رحمه اللّه: (دار في يد آخر **ادّعى رجل** نصفها وآخر كلها وبرهنا فللأوّل ربعها والباقي للآخر) لأن مدّعي الكل لا ينازعه أحد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف الآخر فيكون بينهما فسلم لمدّعي الكل ثلاثة الأرباع والمدّعي النصف له الربع **وهذا بطريق المنازعة** وهو قول أبي حنيفة رحمه اللّه وقالا: تقسم الدار بينهما أثلاثاً فالثلثان لمدعي الكل والثلث لمدّعي النصف لأن مدّعي الكل يدعي النصفين، والآخر النصف الواحد وليس لشيء واحد ثلاثة أنصاف فيقسم بينهما أثلاثاً على قدر حقهما وهذا بطريق العول، **ولها نظائر وأضداد**

ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر واللّه أعلم اهـ **قوله في المتن: (ادَّعى رجل)** لفظ رجل ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتن اهـ **قوله: (وهذا بطريق المنازعة)** قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: إذا كانت الدار في يد رجل ثالث إن لم يقم لهما بينة فإنه يحلف ذو اليد فإذا حلف ترك الدار في يده لأنه لما حلف انقطع دعواهما فكأنهما لم يدَّعيا وإن أقاما البينة فبية كل منهما مسموعة على ما ادَّعى لأن كل واحد منهما فيما ادّعى لنفسه خارج وبينة الخارج مسموعة على ذي اليد، وإذا سمعت بينة كل واحد منهما قسمت الدار بينهما عند أبي حنيفة على طريق المنازعة أرباعاً أصله من سهمين لحاجتك إلى النصف فمدعي الجميع يدعي الجميع، ومدّعي النصف لا يدعي إلا سهماً فقد تفرد مدعي الجميع بدعوى سهم واحد فيكون له بلا منازعة فبقي سهم واحد استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما فينكسر فيضعف فيصير أربعة، وإن شئت قلت: إنا نحتاج إلى حساب له نصف ولنصفه نصف صحيح وأقل ذلك أربعة أسهم اهـ **قوله: (ولها نظائر)** أي فمن نظائرها رجل أوصى لرجل بكل ماله ولآخر بنصف ماله وأجازت الورثة أو لم يكن له ورثة يكون المال بينهما بطريق المنازعة أرباعاً عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه وعندهما أثلاثاً بطريق العول اهـ **قوله: (وأضداد)** يعني به الخلاف على العكس كمدبر قتل رجلاً خطأً وآخر عمداً وله وليان فعفا أحد وليي العمد ودفع المولى القيمة كانت القيمة بين وليي الخطأ والذي لم يعف من وليي العمد عنده أثلاثاً على طريق العول وعندهما أرباعاً على طريق المنازعة

نبينها مختصراً فنقول: إن جنس القسمة على أربعة أنواع نوع منها يقسم بطريق العول إجماعاً، وهي ثمان مسائل **الميراث والديون** والوصية بما دون الثلث **إذا اجتمعت وزادت على الثلث** والمحاباة والدراهم المرسلة والسعاية، **والعبد** إذا قلع عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما والمدبر إذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما، ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة إجماعاً وهي مسألة واحدة فضوليّ باع عبداً لغيره من رجل، وفضولي آخر باع نصفه من آخر **فأجاز المولى البيعين** فاختار المشتريان الأخذ يكون لمشتري الكل ثلاثة أرباعه ولمن اشترى النصف الربع بطريق المنازعة، ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق العول وهي ثلاث مسائل، إحداها إذا ادّعى أحدهما نصف الدار والآخر كلها وهي مسألة الكتاب، والثانية إذا أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصف ماله وأجازت الورثة، والثالثة إذا أوصى لرجل بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك العبد **وليس له مال غيره**، ومنها ما يقسم بطريق العول عند أبي حنيفة رحمه اللّه وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل إحداها عبد مأذون له في التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبي مائة فدين المولى سقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده، وثبت نصفه الذي في

اهـ وكتب ما نصه قال في شرح الأقطع: وصورة المنازعة أن كل جزء فرع من دعوى قوم سلم للآخر بلا منازعة فهاهنا صاحب النصف يدعي النصف فالنصف خلا من دعواه، وسلم لصاحب الجميع والنصف الآخر استوعب منازعتهما فيه فيقضي بينهما نصفين لصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف الربع وصورة العول أن يضرب كل واحد منهم بسهمه فتجمع السهام كلها وتقسم العين على مبلغ السهام فهاهنا صاحب الجميع يدعي الجميع وصاحب النصف يدعي النصف فيحتاج إلى حساب له نصف وأقل ذلك سهمان فصاحب الجميع يدعي سهمين وصاحب النصف يدّعي سهماً فيقسم بينهما على ذلك اهـ إتقاني. **قوله**: (**الميراث**) كما في امرأة ماتت وتركت زوجاً وأختاً لأب وأم وأختاً لأب للزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف وللأخت لأب السدس تكملة للثلثين فتعول الفريضة إلى سبعة وكانت في الأصل من ستة اهـ إتقاني. **قوله**: (**والديون**) إذا اجتمعت وضاقت التركة عنها اهـ كرجل مات وترك ألفاً ولرجل عليه ألف درهم ولآخر عليه خمسمائة فالألف بينهم أثلاثاً على طريق العول لأن حقهم كان في الذمة ثم انتقل إلى العين اهـ إتقاني. **قوله**: (**إذا اجتمعت وزادت على الثلث**) أي بأن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربع ماله ولآخر بسدس ماله ولم تجز الورثة حتى عادت إلى الثلث اهـ **قوله**: (**والعبد**) أي إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد ومن الآخر نصفه ولا يخرج ذلك من الثلث اهـ **قوله**: (**فأجاز المولى البيعين**) يخير المشتريان فإن اختارا الردّ فلا كلام اهـ **قوله**: (**وليس له مال غيره**) أي

نصيب شريكه فإذا بيع بالدين يقتسمان الثمن **على الخلاف الذي ذكرنا** والثانية إذا أدانه أجنبيان أحدهما مائة والآخر مائتين يقتسمان ثمنه على هذا، والثالثة عبد قتل رجلاً خطأً وآخر عمداً وللمقتول عمداً وليان فعفا أحدهما فدفع بهما أحدهما **كان بينهما على الخلاف**، والرابعة لو كان الجاني مدبراً على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك، والخامسة أم ولد قتلت مولاها وأجنبياً عمداً ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما على التعاقب فإنها تسعى في ثلاثة أرباع قيمتها فتقسم بين الساكتين فيعطي الربع لشريك العافي آخراً والنصف الآخر بينه وبين شريك العافي أوّلاً أثلاثاً ثلثاه لشريك العافي أوّلاً والثلث لشريك العافي آخراً عنده، وعندهما أرباعاً ثم الأصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت في الذمة أو لحق ثابت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل، كانت القسمة عولية ومتى وجبت القسمة لحق ثابت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض الشائع، وحق الآخر في الكل كانت القسمة على المنازعة والأصل عندهما أن الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة على العول/ [٣٦ ب/٣]، وإن ثبتا على التمييز أو في وقتين كانت القسمة على المنازعة وبيان طرق هذه المسائل وتخريجها على هذه الأصول وتمام تفريعها مذكور في شرح الزيادات لقاضيخان.

قال رحمه الله: (**ولو كانت في أيديهما فهي للثاني**) أي لو كانت الدار في

وأجازت الورثة أو كان يخرج من الثلث ولم تجز الورثة اهـ **قوله: (على الخلاف الذي ذكرنا)** أي فيأخذ المولى ثلث الثمن والأجنبيّ ثلثيه اهـ **قوله: (كان بينهما على الخلاف)** أي عنده أثلاثاً وعندهما أرباعاً وإن فداه المولى يفديه بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف لشريك العافي وعشرة آلاف لولي الخطأ اهـ **قوله في المتن: (ولو كانت في أيديهما)** سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء وهذا لفظ القدوري، وذلك لأن الدار في أيديهما واليد من أسباب الاستحقاق والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فصار في يد كل واحد منهما النصف ثم دعوى مدّعي النصف تنصرف إلى النصف الذي في يده دون النصف الآخر لأنه لو لم يكن كذلك يلزم أن يكون غاصباً في إمساك النصف الذي في يده وأمور المسلمين يجب حملها على الصلاح ما أمكن وقد أقام الخارج وذو اليد البينة على ذلك النصف فكان الخارج أولى وهو مدّعي الكل، والنصف الذي في يد مدّعي الجميع سلم له لا على طريق القضاء لأنه لا منازع له فيه فإن لم تقم لهما بينة فإنه يحلف مدّعي النصف لمدعي الجميع، ولا يحلف مدعي الجميع لمدعي النصف لأن مدعي النصف لا يدّعي لنفسه شيئاً مما في يد صاحب الجميع، وصاحب الجميع يدّعي النصف الذي في يد صاحب النصف وهو ينكر فيحلف

أيدي المدعيين والمسألة بحالها كانت كلها لمدعي الكل لأن مدعي النصف تنصرف دعواه إلى ما في يده لتكون يده يداً محقة لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب، ولولا ذلك لكان ظالماً بالإمساك فاقتصرت دعواه على ما في يده ولا يدعي شيئاً مما في يد صاحبه، ومدعي الكل يدعي ما في يد نفسه وما في يد الآخر ولا ينازعه أحد فيما في يده فيترك في يده لا على وجه القضاء واستوت منازعتهما فيما في يد صاحبه فكانت بينته أولى لأنه خارج فيه فيقضي له في ذلك النصف فسلم له الكل، نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء.

قال رحمه اللّه: (ولو برهنا على نتاج دابة وأرّخا قضى لمن وافق سنها تاريخه) لأن علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنها فترجحت بينته بذلك، وفي الأخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردّها، ولا فرق في ذلك بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث لأن المعنى لا يختلف بخلاف ما إذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد إن كانت في يد أحدهما أولهما إن كانت في أيديهما أو في يدثالث.

قال رحمه اللّه: (**وإن أشكل ذلك فلهما**) أي إن أشكل سن الدابة في موافقة أحد التاريخين يقضي لهما بها لأن أحدهما ليس بأولى بها من الآخر هذا إذا كانا خارجين بأن كانت الدابة في يد ثالث، وكذا إذا كانت في أيديهما وإن كانت في يد أحدهما قضى بها لصاحب اليد لأنه لما أشكل الأمر سقط التاريخان فصار كأنهما لم يؤرخا، **وإن خالف سن الدابة التاريخين** بطلت البينتان لأنه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده، والأصح أنهما لا يبطلان بل يقضي بها بينهما إن كانا خارجين أو كانت في أيديهما، وإن كانت في يد أحدهما يقضي بها لذي اليد لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في إسقاط اعتباره لأن في اعتباره إسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كأنهما ذكرا النتاج من غير تاريخ وفيه صاحب اليد أولى إن كانت في يد أحدهما وإلا فهي بينهما كما إذا أشكل في موافقة سنها أحد التاريخين وهكذا ذكره محمد، **والأول ذكره الحاكم** وهو قول بعض المشايخ وليس بشيء.

فإن حلف انقطع دعوى صاحبه وصار الحال بعد الحلف كالحال قبله وقبل الحلف كانت الدار في أيديهما نصفين، فبعد الحلف كذلك اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وإن أشكل)** أي: إن لم يظهر سن الدابة اهـ فرشتا. **قوله: (وإن خالف سن الدابة التاريخين)** أي في دعوى الخارجين اهـ **قوله: (والأوّل ذكره الحاكم)** أي وهو المراد بقوله سابقاً بطلت البينتان اهـ قال في شرح الأقطع: فإن خالف سن الدابة الوقتين قضى بها لصاحب اليد ثم قال الحاكم: الصحيح أن تبطل البينتان، وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي

قال رحمه الله: (ولو برهن أحد الخارجين على الغصب والآخر على الوديعة استويا) معناه إذا كان عين في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضي بها بينهما نصفان **لأن الوديعة تصير غصباً بالجحود** حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع إلى الوفاق بخلاف ما إذا خالف بالفعل من غير جحود على ما نبينه في موضعه إن شاء الله تعالى.

قال رحمه الله: (والراكب واللابس أحق من آخذ اللجام والكم) معناه إذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها أو تنازعا في قميص أحدهما لابسه/ والآخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس أولى من المتعلق باللجام والكم، [٣٧ أ/٣] لأن تصرفهما أظهر **فإنه يختص بالملك** فكانا صاحبي يد والمتعلق خارج فكانا أولى

للحاكم الشهيد: وإن كانت على غير الوقتين أو كانت مشكلة قضيت بينهما نصفين لأنه لم يثبت الوقت فصارا كأنهما لم يوقتا، وفي رواية أبي الليث الخوارزمي إذا كان سن الدابة على غير الوقتين فالبينتان باطلة لأنه ظهر كذبهما إلى هنا لفظ شيخ الإسلام المذكور، وقد مر مرة وقال شيخ الإسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه: فإن كان على غير الوقتين أو كانت مشكلة فإني أقضي بينهما نصفين ثم قال: هكذا ذكر أي ذكر محمد ثم قال: قالوا: ما ذكر من الجواب يستقيم جواباً لإحدى المسألتين وهي قوله: أو كانت مشكلة لأنها متى كانت مشكلة يحتمل أن يكون سن الدابة موافقاً لوقت كل واحد ومخالفاً فلم يتقين بكذب أحد الفريقين، وقد استويا في الدعوى والحجة فيقضي بينهما نصفين، فأما متى كان على غير الوقتين فإنه لايقضي لهما بشيء لأن القاضي تيقن بكذب شهادة كل فريق وهذا مانع من قبول الشهادة حالة الانفراد فيمتنع حالة الاجتماع أيضاً ثم قال خواهر زاده: والدليل على صحة هذا ما روى أبو الليث الجواب عن محمد على هذا التفصيل، قال: إذا كان سن الدابة مشكلاً يقضي بينهما نصفين، وإن كان مخالفاً للوقتين لا يقضي لهما بشيء ويترك في يد ذي اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة ومنهم من يقول: بأن الألف في قوله: أو كانت مشكلة زيادة وقعت غلطاً من الكاتب فكأنه قال: وإن كان على غير الوقتين على سبيل الشك لا على سبيل اليقين يعني يجوز أن يكون موافقاً للوقتين، ويجوز أن يكون مخالفاً، فأما متى كان مخالفاً للوقتين بيقين فإنه لا يقضي لهما بشيء ويترك في يد ذي اليد كما في حالة الانفراد إذا خالف سن الدابة الوقت بيقين فيحمل ما ذكر محمد على أحد هذين التأويلين، كذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه اهـ إتقاني. **قوله: (لأن الوديعة تصير غصباً بالجحود)** أي فصار دعوى الوديعة والغصب سواء اهـ **قوله: (فإنه يختص بالملك)** أي فصار كما لو تنازعا في الدار أحدهما ساكنها والآخر آخذ بحلقة الباب أن الساكن أولى، وكذلك إذا تنازعا في بعير وعليه حمل

بخلاف ما إذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لأنها حجة مطلقاً وبينة الخارج أكثر إثباتاً على ما بينا، وأما التعلق فليس بحجة، وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على أنه كان في يده واليد دليل الملك **حتى جازت الشهادة له** بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجيح، **وكذا لو كان أحدهما** راكباً على السرج والآخر رديفاً له كان الراكب أولى لأن تمكنه من ذلك الموضع **دليل على تقدم يده**، بخلاف ما إذا كانا راكبين على السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف، ولو كان أحدهما متعلقاً بذنبها والآخر ممسك بلجامها قالوا: ينبغي أن يقضي بها لمن يمسك لجامها لأنه لا يتعلق باللجام غالباً إلا المالك **بخلاف التعلق بالذنب** ولو تنازعا في بساط أحدهما قاعد عليه، والآخر متعلق به فهو بينهما نصفان بحكم الأستواء بينهما لا بطريق القضاء **لأن الجلوس ليس بيد عليه** بخلاف الركوب واللبس ألا ترى أنه يصير بهما غاصباً لثبوت يده عليه ولا يصير غاصباً بالقعود على البساط، وكذا إذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما إذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال أنها في يد غيرهما وهنا علم أنه ليس في يد غيرهما.

قال رحمه الله: (وصاحب الحمل والجذوع والاتصال أحق من الغير) فمعنى الأوّل أن يتنازعا في دابة وعليها حمل لأحدهما كان صاحب الحمل أولى، لأنه هو المتصرف فيها التصرف المعتاد فكانت في يده كما إذا ادّعى جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبها، **والآخر ممسك بسكانها** وآخر يجدف فيها وآخر يمدها فهي بينهم

لأحدهما كان صاحب الحمل أولى لأن له يداً ظاهرة وتصرفاً اهـ إتقاني. **قوله: (حتى جازت الشهادة له)** أي لصاحب اليد اهـ **قوله: (وكذا لو كان أحدهما إلخ)** قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: ولو كانا جميعاً راكبين أحدهما في السرج والآخر خارج السرج قضى بالدابة بينهما بالإجماع، وروي عن أبي يوسف أنه قال: يقضي بالدابة للراكب في السرج إلى هنا لفظه في كتاب الصلح من شرح الطحاوي، ونقل الناطفي في الأجناس عن نوادر المعلى: رجلان على دابة أحدهما راكب في السرج والآخر رديف فادّعيا الدابة فهي لراكب السرج فإن كانا في السرج فهي بينهما نصفان فعلم بما ذكر في شرح الطحاوي والأجناس أن الدابة في ظاهر الرواية بينهما نصفين، وما ذكره صاحب الهداية بقوله: وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى من الرديف فذاك على رواية النوادر اهـ إتقاني. **قوله: (دليل على تقدم يده)** أي ولأن العادة جرت بأن الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفاً اهـ من خط قارئ الهداية. **قوله: (بخلاف التعلق بالذنب)** أي فإنه قد يتعلق به غير المالك اهـ **قوله: (لأن الجلوس ليس بيد عليه)** وكذا النوم على البساط ليس بدليل على اليد اهـ إتقاني. **قوله: (والآخر ممسك بسكانها)** قال في المغرب: والسكان ذنب

إلا من يمدها فإنه لا شيء له فيها فإنه لا يد له فيها لأن الباقين هم المتصرفون فيها التصرف المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت بينهما لاستوائهما، ولا يرجح بكثرة ما في الحمل لأحدهما لأن الترجيح يقع بالقوّة لا بالكثرة على ما بينا، ومعنى الثاني أن يكون حائط عليه هرادي لرجل ولآخر عليه جذوع أو متصل ببنائه فهو لصاحب الجذوع والاتصال دون **الهرادي** لأن صاحب الجذوع هو المستعمل وصاحب الهرادي متعلق، والبناء يبنى للجذوع عادة لا لوضع الهرادي فصار نظير دابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق أو مخلاة معلقة فإنها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز، والمراد بالاتصال اتصال تربيع وهو أن يتداخل لبن البناء المتنازع فيه في لبن جداره ولبن جداره في لبن البناء المتنازع فيه وساج أحدهما مركب على ساج الآخر لأن الاتصال بهذه المثابة لا يكون إلا عند البناء فدل ذلك على أن بانيهما واحد في وقت واحد، فترجح به وكان الكرخي رحمه اللّه يقول: صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلاً بحائطين لأحدهما من الجانبين جميعاً، والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعاً شبه القبة

السفينة لأنها به تقوم وتسكن اهـ مغرب. **قوله: (الهرادي)** الهرادي جمع الهردية قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم كذا في ديوان الأدب لكن صحح في الديوان الهاء والحاء جميعاً، وقال في الصحاح: الحردي القصب نبطي معرب ولا يقال: الهردي ورأيت في نسخة عتيقة من نسخ مختصر الكرخي الحرادي بالحاء، وقال صاحب الجمهرة: في باب الحاء والدال والراء، أما الذي يسميه البصريون الحردي من القصب فهو نبطي معرب وكذا قال صاحب الديوان أيضاً: الحردي واحد حرادي القصب فعلى هذا يجوز أن يقال: بالهاء والحاء جميعاً والرواية في الأصل والكافي للحاكم الشهيد بالحاء. وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالهاء لا غير قال الإمام شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وإذا كان الحائط بين دارين فادّعاه صاحب كل واحد من الدارين فإن أبا حنيفة قال: إذا كان لأحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لأنه في يد صاحب الجذوع يعني بها اليد المستعملة، واليد المستعملة لصاحب الجذوع لأن الحائط ما بني إلا له وصار كاثنين تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر آخذ بلجامها يقضي بها للراكب لأنها في يده، وللآخر بها نوع تعلق كذا هنا فإن كان له عليه هرادي أو بواري لم يستحق بها شيئاً، وكان الحائط لصاحب الجذوع لأنه هو المستعمل للحائط استعمال ميله لأنه بني لوضع الجذوع عليه والتسقيف دون الهرادي لكنه لا يؤمر برفع الهرادي والبواري لأن القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر، والظاهر يصلح حجة للدفع دون إبطال الاستحقاق الثابت للغير ظاهراً وإن كان الحائط متصلاً ببناء

فحينئذٍ يكون الكل في حكم شيء واحد، والمروي عن أبي يوسف رحمه الله أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما/ يكفي، ولا يشترط اتصال [٣٧ ب/٣] الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه أكثر مشايخنا رحمهم الله لأن الرجحان يقع بكون ملكه محيطاً بالحائط المتنازع فيه من الجانبين، وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه وإن كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساج أحدهما مركباً في الآخر، وأما إذا نقب وأدخل فلا يكون مربعاً فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على أنهما بنيا معاً ولا بوضع الهرادي ولا البواري لأن الحائط لا يبنى لأجله عادة فلا يكون تصرفاً فيه فلا يعتبر أصلاً كوضع الثوب على الجدار حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما عليه هرادي ولا شيء للآخر فهو بينما إذا علم أنه في أيديهما ولا يرجح صاحب الهرادي لعدم الاستعمال بخلاف اتصال التربيع لأن الاستعمال فيه موجود من وجه، ولأن البناء للتسقيف وهو بالجذوع دون الهرادي، وقال الشافعي رحمه الله: لا يرجح بوضع الجذوع لأنه محتمل يحتمل أنه ملكه وعارية وغصب فلا يكون حجة مع الاحتمال قلنا: صاحب الجذوع مستعمل للحائط فكان في يده والقول قول صاحب اليد فصار نظير الحمل على الدابة ولأن الحائط يبنى للجذوع فوضعه علامة ملكه ومثل هذا يصلح أن يكون علامة، كما إذا اختلف الزوجان في متاع البيت حتى جعل الترجيح بالصلاحية ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما في أصل العلة ولا معتبر بالكثرة والقلة بعد أن يبلغ ثلاثاً لأن الترجيح بالقوّة لا بالكثرة على ما بينا، وإنما اشترطنا أن يبلغ ثلاثاً لأن الحائط تبنى للتسقيف، وذلك لا

أحدهما وللآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لأنه مستعمل للحائط فكان في يده وثبوت اليد على ما جاوره وقرب لا يكون ثبوتاً عليه إلا أن يكون اتصالاً بتربيع وهو أن يكون أحد طرفي الآجر في هذا الحائط والطرف الآخر في الحائط الآخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوتاً على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذعه، وكذا إن كان الحائط متخذاً من الخشب فتكون الخشبة التي في هذا الحائط مركبة بالخشبة التي في ذلك الحائط، ولأن اتصال التربيع أدل على سبق اليد من وضع الخشب على االجدار لأنه إنما يوضع عليه بعد تمامه وصيرورته حائطاً فمتى عرفنا سبق يد أحدهما قضينا له به إلا أنه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لأنا قضينا لصاحب الاتصال والتربيع بالجدار بناء على الظاهر، والظاهر يصلح حجة للدفع دون إبطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لأنا لم نتيقن بكونه مبطلاً في الوضع لأنه قد يستحق الوضع مع كون الحائط مملوكاً لغيره

يحصل بما دون الثلاثة غالباً فصار الثلاث كالنصاب له ،ولو كان عليه جذوع لأحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة استحساناً وهو قول أبي حنيفة رحمه اللّه، والقياس وهو مروي عن أبي حنيفة أن يكون بينهما نصفين لأن الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوّة فيستويان فيه كما إذا كان لهما حمل على دابة لأحدهما مائة منّ وللآخر مَنّ أو منوان فإنها بينهما نصفان ووجه الاستحسان أن ما دون الثلاث حجة ناقصة، إذ لا يبنى الحائط لأجل الواحد، أو الاثنين عادة والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة الكاملة ثم لصاحب الجذع الواحد أو الاثنين حق الوضع باتفاق الروايات لأنا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر، وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع بخلاف ما إذا أثبت الحائط له بالبينة حيث يؤمر بالقلع لأن البينة حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو نظير الشفعة حتى لا يستحق بما ثبت ملكه باليد، وبخلاف ما إذا تنازعا في دابة ولأحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق أو نحوه حيث يؤمر بالقلع، وإن كان استحقاقه باليد، ووجه الفرق أن وضع الكوز لا يمكن استحقاقه على ملك الغير ابتداء مؤبداً، وإنما يمكن مؤقتاً من جهة المالك فإذا ظهر الاستحقاق أمر بالإزالة، وأما وضع الخشب فممكن استحقاقه بأن وقعت القسمة بذلك الشرط ثم اختلفت الروايات بعد ذلك في أنه يملك ذلك الموضع أم لا فذكر في كتاب الإقرار أن الحائط كله لصاحب الأجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعيه يريد به حق الوضع لأن الحائط لا يبنى لأجل جذع واحد، أو جذعين عادة وإنما ينصب له إسطوانة فلا يحكم له بالملك كمسألة الدابة إذا كان لأحدهما/ عليها حمل [٣٨ /٢/١] وللآخر كوز معلق على ما بينا، وذكر في كتاب الدعوى أن الحائط بينهما على قدر الأجذاع لأن موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبه **لوجود سبب الاستحقاق فيه، ثم من أصحابنا** من قال: يحكم بما بين الخشبات بينهما على قدر الأخشاب وأكثرهم على

فلم يكن هذا من ضروراته اهـ إتقاني. **قوله: (لوجود سبب الاستحقاق فيه)** قال الإتقاني رحمه اللّه: ثم اختلف أصحابنا المتأخرون على الرواية التي لكل واحد منهما ما تحت خشبته في حكم ما بين الخشب قال بعضهم: هو بينهما نصفان لأنه لا يد لأحدهما فيه فلم يكن أحدهما بأولى من الآخر كرجلين تنازعا في دار وفي يد أحدهما بيت منها وفي يد الآخر بيتان أن الباقي بينهما نصفين، كذلك ما بين الخشب ومنهم من يقول: ذلك بينهما على قدر خشب كل واحد منهما لأن صاحب الخشب الكثير مستعمل للحائط أكثر من استعمال الآخر فاعتبر مستعملاً لما يلي الجذوع، وهو المراد بقوله: وقيل: على قدر خشبهما حتى يكون لصاحب الجذعين خمسان ولصاحب الجذوع

أنه لا يملك صاحب الخشبة أو الخشبتين إلا موضع خشبته ومنهم من قال: يكون ما بين الخشب بينهما نصفين ومنهم من قال: يقسم جميع الحائط بينهما على قدر أخشابهما اعتباراً لقدر الاستعمال، وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الإقرار أصح، وقال قاضيخان: والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكاً لصاحب الخشبة، كما ذكر في الدعوى وإن كان لأحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال تربيع فصاحب الجذوع أولى لأن له تصرفاً في الحائط ولصاحب الاتصال اليد **والتصرف أقوى في الدلالة على الملك**، ورجح السرخسي هذه الرواية، **وذكر الطحاوي أن صاحب الاتصال** أولى لأن الحائطين بهذا الاتصال يصيران كبناء واحد فالفضاء ببعضه يصير قضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما بينا، وصحح الجرجاني هذه الرواية ورجحها بالسبق لأن التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتاً فيه قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ إلا أنه لا يرفع جذوع الآخر على ما بينا، **ولا فرق في هذا بين أن يكون الاتصال من جانب أو من الجانبين على ما ذكره الطحاوي** رحمه اللّه، وفي المحيط الأيدي في الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة، ووضع جذوع ومحاذاة بناء ولا علامة لليد في الحائط سوى هذا فأولاهم صاحب التربيع فإن لم يوجد فصاحب الجذوع فإن لم يوجد فصاحب المحاذاة، وإن كان لأحدهما جذع واحد ولا شيء للآخر، اختلف المشايخ فيه قيل: هما فيه سواء لأن الواحد لا يعتدّ به، وقيل: صاحب الجذع أولى لأن الحائط قد يبنى بجذع واحد وإن كان ذلك غير غالب، ولو كان لأحدهما عليه هرادي أو بواري ولا شيء للآخر فهو بينهما، والهرادي لا تعتبر ولا البواري، وفي فتاوى قاضيخان إن كان لأحدهما عليه جذع واحد وللآخر عليه هرادي أو بواري أو لم يكن له عليه شيء فهو لصاحب الجذع.

قال رحمه اللّه: (ثوب في يده وطرفه في يد آخر نصف) يعني لو تنازع الشخصان في ثوب في يد إحداهما وطرفه في يد الآخر كان بينهما نصفين لأن يد

الثلاثة ثلاثة الأخماس اهـ **قوله: (ثم من أصحابنا)** أي القائلين بهذا القول اختلفوا بعد ذلك اهـ قوله: القائلين بهذا القول إلخ أعني القول بأن لكل واحد منهما ما تحت خشبته اهـ **قوله: (والتصرف أقوى في الدلالة على الملك)** أي كما لو تنازع الدابة راكب عليها ومتعلق بلجامها اهـ **قوله: (وذكر الطحاوي أن صاحب الاتصال إلخ)** وكون صاحب الاتصال أولى من صاحب الجذوع هو الذي جزم به الإتقاني ولم يحك قولاً آخر غيره وقد نقلت عبارته أول المقالة عند قوله: لوجود سبب الاستحقاق فيه فراجعها اهـ **قوله: (ولا فرق في هذا إلى قوله: على ما ذكره الطحاوي)** ألحقه المصنف على هامش نسخته ولم يكتب آخرها لفظة

كل واحد منهما ثابت في الثوب إلا أن إحداهما ثابتة في الأكثر وذلك لا يوجب الترجيح لما ذكرنا أن الرجحان بالقوة لا بالكثرة فصار كما لو تنازعا في دابة ولهما عليها حمل على التفاوت كانت بينهما نصفين ولا يعتبر تفاوت الحمل حتى إذا كان لأحداهما مَنٌّ وللآخر مائة من كانت بينهما بخلاف ما إذا كان في يد أحدهما الهدابة والباقي في يد الآخر لأن الهدابة ليست بثوب، إذ هي غير منسوجة فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا يزاحم الآخر.

قال رحمة الله: (صبي يعبر فقال أنا حر فالقول له) **لأنه إذا كان يعبر عن نفسه** فهو في يد نفسه فلا يقبل دعوى أحد عليه أنه عبده عند انكاره إلا ببينة كالبالغ.

قال رحمه الله: (ولو قال أنا عبد فلان أولاً يعبر عن نفسه فهو عبد لمن في يده) أما الأول فلأنه أقر أنه لا يد له حيث أقر على نفسه / بالرق فكان ملكاً لمن في يده كالقماش، ولا يقال الإقرار بالرق من المضار **فلا يعتبر من الصبي** فكيف يصح إقراره به هنا لأنا نقول: الرق لم يثبت بقول الصبي بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض بدعوى الحرّية لأنه لما صار في يد المدعي بقي كالقماش في يده فيقبل إقراره عليه، ولا نسلم أن الإقرار بالرق من المضار لأنه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرّية إذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى **بخلاف الإقرار بالدين** ولا يقال: الأصل في الآدمي الحرّية لأنه ولد آدم وحوّاء عليهما السلام وهما حرّان فوجب أن لا تقبل دعوى الرق إلا ببينة وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط حيث لا يقبل قول الملتقط أنه عبده وإن كان في يده لأنا نقول: الأصل إذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل، وثبوت اليد دليل على خلاف ذلك الأصل لأنه دليل الملك فيبطل به ذلك الأصل ولا نسلم أن اللقيط إذا أقرّ بالرق بعد أن كان معبراً عن نفسه يخالفه في الحكم فلا يلزمنا، وإن لم يعبر عن نفسه فليس في يد الملتقط من كل وجه، لأنه أمين فيه والأمين يده قائمة مقام يد غيره **فكانت غير ثابتة حكماً**، وأما الثاني وهو ما إذا كان لا يعبر عن نفسه فلأنه بمنزلة المتاع فيكون ملكاً لمن هو في يده إن ادّعاه لعدم المعارض من يد على نفسه حقيقة أو حكماً وهذا لأن الأصل في الآدمي، **وإن كان لا يثبت** عليه يد غيره إكراماً له حتى لا يكون مهاناً كالقماش والبهائم لكن ذلك

[٣٨ ب/٣]

صح اهـ **قوله: (لأنه إذا كان يعبر عن نفسه)** أي يتكلم ويعقل ما يقول اهـ إتقاني. **قوله: (فلا يعتبر من الصبي)** أي كإقراره بالدين كالطلاق والعتاق اهـ **قوله: (بخلاف الإقرار بالدين)** أي لأنه مما لا يمكن تداركه وكذا الطلاق والعتاق اهـ **قوله: (فكانت غير ثابتة حكماً)** أي فلم تصح الدعوى منه بخلاف غيره لأن يده ليست يد غيره فتكون اليد ثابتة عليه حقيقة وحكماً فتصح الدعوى منه اهـ **قوله: (وإن كان لا تثبت)** الذي بخط الشارح، وإن كان ألا

عند القدرة بأن يكون معبراً عن نفسه لا عند العجز والعجز بأحد أمرين إما بالصغر حقيقة أو بالرق حكماً فيقبل قول المدعي ولو كبر وادَّعى الحرية لا يقبل قوله لأنه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك إلا بالبينة.

قال رحمه اللّه: (عشرة أبيات في دار في يده وبيت في يد آخر **فالساحة نصفان**) لأن الساحة يحتاج إليها الملاك لاستعمالها في أنواع المرافق من المرور فيها والتوضي وكسر الحطب ووضع الأمتعة ونحو ذلك من أنواع المنافع وهما في ذلك سواء فتنصف بينهما فصارت نظير الطريق، ولأن الترجيح بالقوّة لا بالكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف ما إذا تنازعا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر أراضيهما، لأن الشرب يحتاج إليه لأجل سقي الأرض فعند كثرة الأراضي تكثر الحاجة إليه فيتقدر بقدر الأراضي بخلاف الانتفاع بالساحة فإنه لا يختلف باختلاف الأملاك كالمرور في الطريق.

قال رحمه ا للّه: (**ادّعى كل أرضاً أنها في يده ولبن** أحدهما فيها أو بنى أو حفر فهي في يده كما لو برهن أنها في يده) لأن اليد في الأرض غير مشاهدة وهي مقصودة فلا يثبت عند القاضي بمجرد دعواهما أنهما في يده فلا بد من إقامة البينة

يثبت عليه يد غيره اهـ **قوله في المتن: (فالساحة نصفان)** بالحاء وهي عرصة في الدار أو بين يديها اهـ قارئ الهداية من خطه. وكتب على قوله: فالساحة نصفان ما نصه وذلك لأنهما استويا في استعمال الساحة في المرور ووضع الأمتعة وكسر الحطب، ونحو ذلك لأنها لم تكن في يد أحدهما دون الآخر فكانت بينهما نصفين كالطريق يستوي فيه صاحب الدار وصاحب المنزل وصاحب البيت اهـ إتقاني. وكتب أيضاً ما نصه قال في شرح الطحاوي: ولو كان العلو في يد أحدهما والسفل في يد الآخر والساحة في أيديهما ولم يكن لهما بينة، وحلفا وكل منهما يدعي الجميع يترك السفل في يد صاحب السفل والعلو في يد صاحب العلووالساحة لصاحب السفل ولصاحب العلو حق المرور في رواية، وفي رواية أخرى الساحة بينهما نصفان وإن أقاما البينة يقضي بالسفل لصاحب العلو وبالعلو لصاحب السفل والساحة للذي قضى له بالسفل على الرواية التي قال: الساحة لصاحب السفل وعلى الرواية التي قال: يكون بينهما يقضي بما في يد الآخر وبما في يد الآخر لهذا اهـ إتقاني.
قوله في المتن: (ادَّعى كل أرضاً أنها في يده ولبن إلخ) قال في الهداية: وإن كان أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده وصورة المسألة في أصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في أرض صحراء ادَّعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنها في يديه وأحدهما لبن فيها لبناً وهو فيها أو حفر فيها أو بنى فيها بناء قال: هي في يد الذي أحدث فيها اللبن أو الحفر أو البناء، وذلك لأن هذا الفعل استعمال منه للأرض ومن ضرورة الاستعمال إثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب، كذا ذكر فخر الإسلام اهـ

أنها في يده أو من التصرف فيها كالتلبين أو البناء أو الحفر لأن التمكن من هذه الأشياء دليل على أنها في يده ثم إن ادَّعيا أنها في أيديهما لم يقض به بلا بينة لاحتمال أنها في يد غيرهما، وإن ادَّعيا أنها في يد أحدهما فكذلك لأنه يمكن أنهما تواضعا على ذلك لكن ليس للمقر أن ينازعه في اليد لإقراره أنها في يد صاحبه، وإقراره في حق نفسه مقبول، وكذا لو حلفا أنها ليست في يد صاحبه **فنكل أحدهما**، ولو نكلا جعل في يد كل منهما نصفها الذي في يد صاحبه لصحة إقراره في حق نفسه، وإن حلفا جميعاً لم يقض باليد لهما فيها **وبرئ كل منهما عن دعوى صاحبه** وإن أقام/ أحدهما البينة أنها في يده قضي له باليد فيها ويكون الآخر خارجاً، وكذا إن لبن أحدهما أو بنى أو غرس أو فعل شيئاً آخر مما يدل على أنها في يده، وإن أقاما البينة على اليد قضى بها لهما فإن طلبا القسمة لا يقسم بينهما **ما لم يقيما البينة على الملك قيل: هذا** قول أبي حنيفة، وعندهما تقسم بناء على أن الورثة إذا كانت دار في أيديهم قسمها بقولهم إنها ميراث عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه اللّه أنه لا يقسمها حتى يقيموا البينة أنه مات وتركها ميراثاً بينهم، واللّه أعلم بالصواب.

[٣٩ ا ٣/١]

إتقاني. **قوله: (فنكل أحدهما)** يقضي عليه بكلها للحالف بعضها الذي كان في يده وبعضها الذي كان في يد صاحبه لنكوله، ولو كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة في حق الثالث اهـ كاكي. **قوله: (وبرئ كل منهما عن دعوى صاحبه)** أي وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال اهـ قارئ الهداية. **قوله: (ما لم يقيما البينة على الملك)** فكل شيء في أيديهما سوى العقار إذا طلبا القسمة فإن القاضي يقسمه من المشايخ من قال: ما ذكر هاهنا قول أبي حنيفة، أما على قولهما في العقار أيضاً يقسم، وإن لم يقيما البينة على الملك وجعل هذه المسألة فرعاً لمسألة ذكرها في القسمة إذا طلب الورثة من القاضي قسمة العقار بينهم فإنه لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة على الميراث وعندهما يقسم من غير إقامة البينة، فإن كانت مشتراة بأن قالا: اشتريناها من فلان وطلبا القسمة فإنه يقسمها بينهم عند الكل في ظاهر الرواية، فإن لم يقيموا البينة فعند أبي حنيفة إذا كان لا يقسم في الميراث، بدون البينة وهذا العقار يحتمل أن يكون موروثاً بينهما ويحتمل أن يكون غير موروث لا يقسم احتياطاً وعندهما يقسم بدون البينة فهاهنا أولى ومنهم من قال: ما ذكر هاهنا قول الكل فلا يقسم لأن القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لأجل الحفظ والصيانة والعقار غير محتاجة إلى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم حتى لو كان في أيديهما شيء سوى العقار يقسم من غير إقامة البينة لأن ما سوى العقار يحتاج إلى الحفظ والصيانة اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله: (قيل هذا)** أي قال بعض المشايخ: كذا في الفوائد الظهيرية.

باب دعوى النسب

قال رحمه اللّه: (ولدت مبيعة لأقل من ستة أشهر منذ بيعت فادّعاه البائع فهو ابنه وهي أم ولده ويفسخ البيع ويردّ الثمن وإن ادَّعاه المشتري معه أو بعده) وقال زفر والشافعي: لاتصح دعوته إلا أن يصدقه المشتري وهو القياس لأن إقدامه على البيع دليل على أن الحمل ليس منه إذ هو اعتراف منه بجوازه لأن المسلم لا يباشر الباطل ظاهراً فصار في دعواه مناقضاً وساعياً في نقض ما تم من جهته وهو البيع فلا يقبل، إذ التناقض يبطل الدعوى فصار كما لو ادَّعاه أبو البائع أو ادَّعى هو إعتاقها أو تدبيرها قبل البيع، وجه الاستحسان أن مبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض فتقبل دعوته إذا تيقن بالعلوق في ملكه بالولادة لأقل من ستة أشهر لأنه بمنزلة إقامة البينة بل فوقها، وهذا لأن الإنسان قد لا يعلم العلوق بالكلية ثم يظهر له، أو قد يظن أن العلوق من غيره ثم يعلم أنه منه فيعذر في التناقض كالزوج إذا كذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب كاللعان، وكالمختلفة تقيم البينة أن الزوج **طلقها ثلاثاً قبل الخلع** وكالمكاتب يقيم البينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فإن بينتهما تقبل مع التناقض في الدعوى للخفاء عليهما لأن الزوج والمولى ينفرد كل واحد منهما بالطلاق والإعتاق فيعذران فيه بخلاف دعوى الإعتاق والتدبير بعد البيع لأنه فعل نفسه فلا يخفى عليه فلا يعذر، ولأنه لم يتيقن بكذبه في الكلام الأوّل لاحتمال كذبه في الثاني فلا ينتقض البيع بالاحتمال، حتى لو أقام البينة بالإعتاق أو التدبير تقبل بينته لتيقننا كذبه بثبوت الحرية أو التدبير قبل البيع وبخلاف دعوى البائع لأن شرط صحة دعواه ثبوت ولاية الدعوة من وقت العلوق إلى وقت الولادة على ما بيناه من قبل ولم يوجد، وإذا صحت الدعوى من البائع استندت إلى وقت العلوق لكونها دعوة استيلاد فيظهر أنه باع أم ولده فيكون باطلاً، ويردّ الثمن لبطلان البيع ولأن المشتري لم يدفع الثمن

باب دعوى النسب

قال الإتقاني: لما فرغ عن بيان دعوى المال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الأول لكونه أهم لكثرة وقوعه اهـ ثم قال الإتقاني: والدعوة إلى الطعام بفتح الدال والدعوة في النسب بالكسر هذا أكثر كلام العرب، فأما عدي الرباب فيفتحون في النسب ويكسرون في الطعام كذا رأيت في أمالي ثعلب وكذا ذكر الجوهري أيضاً اهـ **قوله: (طلقها ثلاثاً قبل الخلع)** لها أن تسترد بدل الخلع وإن كانت متناقضة لاستقلال الزوج بإيقاع الطلاق عليها

إليه إلا ليسلم له المبيع فإذا لم يسلم له رجع به ولا تعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع **أو بعده** وهو المراد بقوله: وإن ادَّعاه المشتري معه أو بعده، لأن دعوة البائع أسبق لأنها تستند إلى حالة العلوق لكونها دعوة استيلاد لوجود العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير إذ العلوق لم يكن في ملكه فيقتصر فكانت الأولى أقوى، فلا تعتبر الثانية معها ولأنه لما ثبت النسب من البائع تبين أن البيع كان باطلاً فلم يدخل في ملك المشتري فصار المشتري، كغيره من الأجانب فلا تصح دعواه، ولأن الولد استغنى عن النسب بثبوته من البائع فلا حاجة إلى إثباته من غيره واحترز بقوله: وإن ادَّعاه المشتري معه أو بعده عما إذا ادَّعاه المشتري قبله لأنه إذا ادَّعاه المشتري / [٣٩ ب/٣] أوّلاً ثبت نسبه منه لوجود المجوِّز للدعوة وهو الملك، ألا ترى أنه يجوز إعتاقه وإعتاق أمه فكذا تصح دعوته أيضاً لحاجته إلى النسب وإلى الحرية، ويثبت لها أمومية الولد بإقراره ثم لا تصح دعوة البائع بعده لأنه قد استغنى عن النسب بثبوته من المشتري، ولأن النسب لا يحتمل الإبطال فيبطل به حق استلحاق النسب للبائع ضرورة.

قال رحمه اللّه: (وكذا إن ماتت الأم بخلاف موت الولد) يعني إذا ماتت الأم فادَّعى البائع الولد وقد جادت به لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه منه مثل الأوّل بخلاف ما إذا مات الولد ثم ادَّعاه البائع حيث لا يثبت نسبه منه، والفرق أن الولد هو الأصل في الباب والأم تبع له فيه، ألا ترى أنها تضاف إليه فيثبت نسبه أوّلاً فيعتق فتتبعه أمه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدها»[١] وقال عليه الصلاة والسلام: «من وطئ أمته فولدت له فهي معتقة عن دبر منه»[٢] رواهما ابن ماجه ولأن المقصود من الدعوة الولد دون الأم وهي تدخل تبعاً فكان الثابت أقوى والأدنى يتبع الأقوى فإذا كان الولد هو الأصل كان المعتبر بقاءه لحاجته إلى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس، وهو ما إذا مات الولد دون الأم **حيث لا تصح دعوته في الأم** لأن الحكم لا يثبت في التبع ابتداء بدون متبوعه والولد قد

من غير علمها اهـ عمادي. **قوله: (أو بعده)** وإنما ذكر الضمير بتأويل الادعاء أو بحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه اهـ من خط الشارح. **قوله: (حيث لا تصح دعوته في الأم)** قال الإتقاني: ثم إذا مات الولد تعذر إثبات النسب فيه لأن الحقوق لا تثبت ابتداء للميت ولا عليه وإذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد لأنه فرع النسب وكانت الأم بحالها، قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: أعتق الولد أو دبره أو قتل عبده فأخذه قيمته ثم ادعاه البائع لم يصدق على ذلك لأنه بطلت محلية الدعوى بالهلاك، إذ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأحكام (٢٥١٥)، وأحمد في مسنده (٢٩٣١).

استغنى عن النسب بالموت فتعذر إثباته بعد موته ولم يتعذر بعد موتها فيثبت نسبه ويردّ الثمن كله عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه تبين أنه باع أم ولده وبيعها باطل ولا يضمنها المشتري لأن ماليتها غير متقوّمة عنده كالحر ولهذا لا تضمن بالغصب عنده وعندهما يرد حصة الولد ولا يردّ حصة الأم لأن ماليتها متقوّمة عندهما فتضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة على المشتري فإذا ردّ الولد دونها يجب على البائع ردّ حصة ما سلم له وهو الولد لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملكه ولا يجب عليه ردّ حصة ما لم يسلم له وهي الأم هكذا ذكروا الحكم على قولهما، وكان ينبغي أن يردّ البائع جميع الثمن عندهما أيضاً ثم يرجع بقيمة الأم لأنه لما ثبت نسبه الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالإجماع فلا يجب فيه الثمن فلا يكون لإجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين ردّ ما قبضه إن كان باقياً وإلا فبدله.

قال رحمه الله: (وعتقهما كموتهما) أي إعتاق المشتري الأم والولد كموتهما حتى لو أعتق المشتري الأم دون الولد فادّعى البائع أنه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ولو أعتق الولد دون الأم لا تصح دعوته لما ذكرنا أن الولد هو الأصل فيعتبر قيام المانع به حتى تمتنع الدعوى دون الأم كما قلنا في الموت، وإنما كان الإعتاق مانعاً لأنه لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب فصار إعتاقه كدعوته أنه ابنه ولأن الإعتاق يثبت الولاء وهو كالنسب فلا يمكن إبطاله، كما لا يمكن إبطال نسبه بعدما ادّعاه المشتري ولأن للبائع حقاً وهو حق دعوة النسب والاستيلاد وماثبت للمشتري حقيقة والحق لا يعارض الحقيقة، والتدبيركالإعتاق أنه لايحتمل النقض لما ظهر فيه بعض

النسب ليس بأمر مقصود بعد الولادة وكذلك العتق والتدبير تصرف لازم لا يحتمل الفسخ فتعذر تصحيح الدعوة في الولد، وإذا لم يصح في حق الولد لم يصح في حق الأم لأنها تابعة إلا إذا صدّقه المشتري على ذلك فيقبل ويصير كالأمر الظاهر، ولو لم يقتل الولد ولكنه قطعت يده فأخذ المشتري نصف قيمته ثم ادّعاه البائع فإنه يصدق على الدعوة ويرد البائع ما قبض من الثمن إلا حصة اليد، لأنها صارت مقصودة بالقطع فانتفى حكم التبعية عنها فلا يظهر الاستحقاق في حقها، وكذلك لو كان القطع في الأم، وكذلك لو كان رجل فقأ عيني الولد فدفعه المشتري وأخذ قيمته ثم ادّعاه البائع فدعوته جائزة ويردّ الثمن على المشتري ويرجع الجاني على المشتري بالقيمة التي أعطاها، ولا يكون للعينين أرش على الجاني. وقال أبو يوسف ومحمد: على الجاني ما نقصه بناء على أصل وهو أن الضمان يجب في مقابلة الجثة عند أبي حنيفة فيشترط سلامتها للجاني وقد تعذر وعندهما في مقابلة النقصان، والنقصان متحقق عندهما فيجبر بالضمان وكذلك لو فقأ

[٤٠ أ/٣] آثار الحرّية وهو امتناع التمليك فصار كالاستيلاد **ثم إن قام هذا المانع** بالولد / امتنعت دعوة البائع لما بينا وإن قام بالأم لا يمتنع فيثبت نسبه من البائع، ولاتصير أمه أم ولد له لأن العتق فيها لا يمكن نقضه، ولا يقال: ينبغي أن يبطل إعتاق المشتري لأنَّ نسب الولد ثبت مستنداً إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فلم يملكها المشتري فيبطل الإعتاق، كما لو ولدت المبيعة ولدين في بطن واحد فأعتق المشتري أحدهما ثم ادّعى البائع الآخر أنه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري، لأنه لم يملكه ضرورة أنهما خلقا من ماء واحد، ولهذا تبطل سائر تصرّفاته مثل البيع والهبة **فكذا العتق** وتوابعه، لأنا نقول: ثبوت أمومية الولد ليس من أحكام ثبوت النسب ولا من ضروراته، **ألا ترى أن النسب** يثبت في ولد المغرور ولا في ولد الأمة المنكوحة ولا تصير أم ولد له بخلاف التوءمين لأنهما خلقا من ماء واحد فما ثبت لأحدهما من الأحكام ثبت للآخر ضرورة، ثم إذا لم يبطل عتق المشتري في الأم قبل البيع يردّ من الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يردّ ما يخص الجارية بالإجماع هنا وذكر الفرق لأبي حنيفة رحمه اللّه في المبسوط بين هذا وبين ما إذا ماتت الأم فإن البائع فيها يردّ جميع الثمن عنده، وهنا يردّ ما يخص الولد فقط والفرق أن في الإعتاق القاضي كذب البائع فيما يزعم أنها أم ولده حيث جعلها معتقة المشتري ولم يفسخ البيع بينهما فبقي البيع صحيحاً فيجب عليه ثمنها بخلاف فصل الموت، فإن زعم البائع فيه لم يبطل بشيء فبقي معتبراً في حقه إذ لم يكن مكذباً شرعاً فيردّ جميع الثمن وفي الإعتاق يردّ حصة الولد، ثم جعل ، نا للمولود بعد القبض حصة من الثمن كالمولود قبله لكون البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة فصار كالحادث قبل القبض في المعنى، وفي الحادث قبل القبض له حصة من الثمن إذا استهلكه البائع، وقد استهلكه هنا بالدعوة أولكونه مستخرجاً من العقد، ومن المشايخ من قال: يردّ البائع جميع الثمن هنا عند أبي حنيفة رحمه اللّه كما في فصل الموت، لأن أم الولد لا قيمة لها عنده ولا يضمن بالعقد فيؤاخذ بزعمه، وإليه مال صاحب الهداية **وصححه**

عين الأم اهـ **قوله: (ثم إن قام هذا المانع)** أي وهو الإعتاق أو التدبير اهـ **قوله: (فكذا العتق)** قال في شرح الكافي: ولو كاتب الأم أو باعها أو وهبها أو رهنها أو آجرها أو زوّجها أبطلت جميع ذلك ورددتها إلى البائع لأن هذه التصرفات مما يحمل النقض بعد صحتها فلأن ينقض عند ظهور عدم الصحة أصلاً أولى اهـ إتقاني. **قوله: (ألا ترى أن النسب إلخ)** قال الإتقاني: أي لا يلزم من عدم صحة الاستيلاد عدم ثبات النسب لجواز الانفصال كما في ولد المغرور فإنه حر بالقيمة ثابت النسب من المستولد وأمه أمة تباع في الأسواق اهـ **قوله: (وصححه)** قال الإتقاني: وقد ذهب صاحب الهداية في هذا إلى ما ذهب إليه شمس الأئمة

وهو يخالف الرواية وكيف يقال: يستردّ جميع الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل إعتاقه بل يردّ حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمهما بأن يعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت في ضمانه بالقبض، وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له القيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك.

قال رحمه الله: (وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر ردّت دعوة البائع إلا أن يصدّقه المشتري) وهذا الكلام يشمل وجهين أحدهما: أن تلد لأكثر من سنتين من وقت البيع فحكمه أنه لا تصح دعواه لعدم العلوق في ملكه بيقين وهو المصحح، إلا إذا صدّقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح لتيقننا أن العلوق لم يكن في ملكه ولا يبطل البيع ولايعتق الولد **ولا تصيرالأمة أم ولد له** لأن العلوق حادث بعد البيع ولا يستند إلى ما قبل البيع حتى يبطل فكانت هذه الدعوة دعوة تحرير **فلا ينفذ إلا في الملك** إذ لايقدر غير المالك على التحرير، والثاني أن تلد لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين منه فحكمه أن دعوة البائع لا تقبل/ [٤٠ ب/٣] فيه أيضاً لاحتمال العلوق بعد البيع فلم يوجد المصحح فيه بيقين فلم يصح إلا أن يصدّقه المشتري فحينئذٍ يثبت نسبه لتصادقهما فيه وتصير الأمة أم ولد له تبعاً للولد ويبطل البيع لاستناد العلوق إلى ما قبل البيع لإمكانه فيتبين أنه باع أم ولده، وهذا لأن هذه الدعوة دعوة استيلاد فتستند، **ثم اعلم أن الدعوة هنا** ثلاثة أوجه دعوة استيلاد

السرخسي وسماه الصحيح ولكن هذا على خلاف ما نص عليه محمد في الجامع الصغير وغيره وقد مر آنفاً اهـ **قوله: (ولا تصير الأمة أم ولد له)** أي لأن بتصادقهما أن الولد من البائع لا يثبت كون العلوق في ملكه لأن البائع لا يدعي ذلك، وكيف يدعي والولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فكان حادثاً بعد زوال ملك البائع، وإذا لم يثبت العلوق في ملك البائع تكون دعواه هنا دعوة تحرير وغير المالك ليس بأهله اهـ **قوله: (فلا ينفذ إلا في الملك)** أي فلم يعتق الولد اهـ **قوله: (ثم اعلم أن الدعوة هنا إلخ)** قال الإتقاني رحمه الله: ثم اعلم أن الدعوة على ثلاثة أوجه دعوة استيلاد ودعوة ملك ودعوة شبهة، أما دعوة الاستيلاد فإنها دعوة قوية تنفذ في الملك وغير الملك بشرط أن يكون أصل العلوق في ملكه لأن الحرمة تستند إلى وقت العلوق وتوجب هذه الدعوة فسخ ما جرى من العقود إذا كان محلاً للفسخ وينتظم الاعتراف بالوطء، ودعوة الملك أن لا يكون أصل العلوق في الملك وتنفذ في الملك ولا تنفذ في غير الملك لأن الحرية تقتصر على وقت الدعوة ولا توجب هذه الدعوة فسخ ما جرى في العقود، ولا ينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة شبهة الملك كدعوة الأب ولد جارية ابنه وإنما تصح بشرط أن يكون ملك الابن قائماً في الجارية والولد من وقت العلوق إلى وقت الدعوة لأن حق التملك ثبت له بحكم ولاية التصرف في ماله لأنه لا ملك للأب

ودعوة تحرير ودعوة شبهة كالأب يدّعي جارية ابنه وحكم كل قسم وشرطه مذكور

حقيقة، ولا حق ملك بل له حق التملك عند الحاجة فصحت دعوته لحق ثبت له في مال الابن مقتضى الدعوة سابقاً عليه ثم يستند إلى وقت العلوق، كما في حقيقة الاستيلاد يثبت له الملك في مال ابنه سابقاً على الاستيلاد تصحيحاً له فلا بد من قيام ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوة ليثبت له الحق في ماله تصحيحاً لدعوته، ثم اعلم أن البائع أو المشتري إذا ادَّعى ولد الجارية المبيعة فلا يخلو أما إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، أو لستة أشهر فصاعداً ما بينها وبين سنتين من وقت البيع، أو جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك أو لم يعلم، وكل وجه من الأوجه الثلاثة على أربعة أوجه أما إن ادَّعى البائع وحده أو المشتري أو هما جميعاً معاً أو على التعاقب فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فادّعاه البائع وكذبه المشتري صحت دعوته استحساناً وهو قول إبراهيم النخعي حتى يثبت نسب الولد منه، ويفسخ البيع ويرد الثمن على المشتري إن كان نقد وقال زفر: لا تصح دعوة البائع إذا كذبه المشتري وهو القياس وهو قول الشافعي كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه وذلك لأن دعوة البائع الولد دعوى منه إبطال ملك المشتري فلا يصدّق عليه من غير تصديقه ولأن إقدامه على البيع اعتراف بأن الولد عبد فصار مناقضاً في دعوته ودعوى المناقض مردودة، ألا ترى أنه لو أقر أنه كان أعتقها لا يصح، وكذا لو ادَّعاه بعدما ادَّعاه المشتري أو أعتقه المشتري أو جاءت به لستة أشهر فصاعداً، وجه الاستحسان أن علوق الولد في ملك المدعي بيقين بمنزلة البينة العادلة حكماً في حق ثبات النسب وحرمة الولد من الأصل وصيرورة الجارية أم ولد له استدلالاً بالأب ادَّعى جارية ولد ابنه صح دعوته وإن كذبه الابن إذا علم العلوق في ملك الابن فهذا أولى لأن الأب له شبهة ملك في مال الابن وللبائع حقيقة ملك والتناقض مغفو لمكان الخفاء في النسب، وإذا صح دعوة الاستيلاد يردّ البيع لأنها تستند إلى وقت العلوق فيظهر أنه باع أم الولد وأنه لا يجوز وملك المشتري يحتمل الفسخ فيفسخ بخلاف ما إذا أعتق المشتري أو ادَّعاه حيث لا تصح دعوة البائع بعد ذلك لأن الإعتاق والنسب حق لازم لا يحتمل الفسخ ولا يلزم ما إذا ادّعى البائع أنه كان أعتقها أو دبرها لأنه لم يكن له على هذه الدعوى بينة لا حقيقة ولا حكماً، وفيما نحن فيه العلوق في ملكه بيقين صار كالبينة حكماً وإن لم توجد البينة حقيقة ولا يلزم ما إذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعداً لعدم البينة لا حقيقة ولا حكماً فاعتبر ذلك إقراراً محضاً على الغير فلم يعتبر هذا إذا ادّعى البائع لا غير، فإن ادّعى المشتري وحده صحت دعوته لأن دعوة المشتري دعوة تحرير حتى كان للمشتري ولاء على الولد كما لو أعتقه والمشتري يصح منه التحرير فيصح منه دعوة التحرير فإن ادّعيا جميعاً إن خرج الكلامان معاً فدعوة البائع أولى لأنه سابق معنى فيعتبر كما لو كان سابقاً حقيقة، ولو كان سابقاً حقيقة بأن ادّعى أولاً ثم ادّعى المشتري صح

في موضعه، وصورة كل قسم من هذه الأقسام ينقسم إلى ثلاثة إما أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت البيع، أو لأكثر من سنتين، أو لما بينهما، وقد ذكرنا حكم كل بحمد الله تعالى فاحفظه.

دعوة البائع ولم يصح دعوة المشتري فكذا هذا، وإنما قلنا: إنه سابق لأنه من وقت العلوق ودعوة التحرير يقتصر على الحال، وإن سبق أحدهما صاحبه فالسابق أولى فإن كان السابق هو البائع فلما ذكرنا وإن كان هو المشتري فلأن النسب لا يحتمل الفسخ هذا كله إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً ما بينها وبين سنتين من وقت البيع، وقد علم ذلك فالمسألة على وجوه أربعة فإن ادّعاه البائع لا غير فإنه لا تصح دعوته إلا بتصديق المشتري لأن علوق الولد لما لم يتيقن في ملكه صارت دعوته ودعوة أجنبي آخر سواء إلا أن الفرق بين البائع والأجنبي أن المشتري إذا صدق الأجنبي يثبت نسب الولد ولكن يبقى الولد عبداً، ولا تصير الجارية أم ولد له لأنه لم يثبت علوق الولد في ملكه بتصادقهما، وفيما إذا صدّق البائع يثبت النسب وتصير الجارية أم ولد وينتقض البيع لحصول العلوق في ملكه وإن ادّعاه المشتري صح دعوته لأن دعوته صحيحة حال الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمل العلوق أولى ويجب أن يكون دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الأصل ولا يكون له ولاء على الولد، لأن العلوق في ملكه ممكن وإن ادّعيا معاً أو سبق دعوة أحدهما صح دعوة المشتري لأن البائع في هذه الحالة كالأجنبي، فأمّا إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين وقد علم ذلك فالمسألة على أربعة أوجه أيضاً فإن ادّعاه البائع لا يصح إلا بتصديق المشتري لأنه لو ادّعى فيما إذا جاءت به لستة أشهر لا يصح بدون تصديقه مع احتمال العلوق في ملكه، وهنا أولى أن لا يصح بدون تصديقه لأنه لا يحتمل العلوق في ملكه أصلاً، وإن صدّقه المشتري صحت الدعوة وثبت النسب كما في الأجنبي إلا أنه لا ينتقض البيع ولا تصير الجارية أم ولد له ويبقى الولد عبداً للمشتري وهو ثابت النسب من البائع وإن ادّعيا معاً أو سبق أحدهما صاحبه صح دعوة المشتري لأن البائع كالأجنبي، وهذا كله إذا علم مدة الولادة بعد البيع فإذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر أو لأكثر من ستة أشهر فصاعداً ما بينها وبين سنتين أو لأكثر من سنتين فالمسألة على أربعة أوجه أيضاً فإن ادّعاه البائع لا تصح دعوته إلا أن يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه، وإن ادّعاه المشتري صح لأن أكثر ما في الباب أن علوق الولد في ملك البائع بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشتري، وإن سبق أحدهما صاحبه في الدعوى إن سبق المشتري صحت دعوته، وإن سبق البائع ثم ادّعى المشتري لا تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في إثبات النسب من كل واحد منهما، وإن ادّعياه معاً فإنه لا تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبداً للمشتري لأنه وقع الشك في ثبات النسب من كل واحد منهما لأنه إن كان لأقل من ستة

قال رحمه اللّه: (**ومن ادّعى نسب أحد التوءمين** ثبت نسبهما منه) لما بينا وإنمايعرف أنهما توءمان إذا كان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر، وإن كان بينها ستة أشهر فصاعداً فليسا بتوءمين لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فإذا أتت بولد ثم جاءت بولد آخر لأقل من ستة أشهر يعلم بالضرورة أنهما من ماء واحد، إذ لا يمكن علوق الثاني بعد الولادة لما ذكرنا، ولا يمكن علوقه وهي حبلى بالأوّل لأن فم الرحم مسدود لا ينفتح وهي حبلى إلا لخروج الولد.

قال رحمه اللّه: (وإن باع أحدهما فأعتقه المشتري بطل عتق المشتري) معناه إذا باع أحد التوءمين فأعتقه المشتري ثم ادّعى البائع الذي لم يبعه أنه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري فيه، لأن دعوة البائع صحت في الذي لم يبعه لمصادفته العلوق والدعوى ملكه فيه فثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر منه، لأنهما من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشتري لكونهما حرّا الأصل إذ يستحيل أن يكون أحدهما حرّ الأصل، والآخر رقيقاً وهما من ماء واحد فيكون نقض العتق بما هو فوقه وهي الحرّية الثابتة بأصل الخلقة **بخلاف ما إذاكان الولد** واحداً حيث لا يبطل فيه إعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه لأن العتق فيه لو بطل لبطل مقصود الأجل حق الدعوة للبائع، وأنه لا يجوز على ما بينا وجهه، وهنا تثبت الحرّية في الذي لم يبعه ثم يتعدّى إلى الآخر ضمناً وتبعاً، وكم من شيء يثبت ضمناً وإن لم يثبت مقصوداً **هذا إذا كان أصل العلوق** في ملكه، وأما إذا لم يكن العلوق في ملكه بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى أمهما وهي حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لأكثر من

أشهر لم يثبت النسب من المشتري ويثبت من البائع، وإن كان لستة أشهر أو لأكثر من سنتين ثبت من المشتري ولم يثبت من البائع فلا يثبت مع الشك، وهذا عندنا وعند إبراهيم النخعي يثبت منهما لأنه لما وقع الشك كان الإثبات أولى لما فيه من الاحتياط هذا حا صل ما ذكره خواهر زاده في مبسوطه اهـ **قوله في المتن: (ومن ادّعى نسب أحد التوءمين)** قال في المغرب: التوءم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد ويقال: هما توءمان كما يقال: هما زوجان وقولهم: هو توءم وهما زوج خطأ اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف ما إذا كان الولد إلخ)** من هنا إلى قوله: والمال محله عند قول المصنف في المتن: عليّ وقبلي إقرار بدين مخروم من نسخة الشارح اهـ **قوله: (هذا إذا كان أصل العلوق إلخ)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد: وإذا ولدت أمة الرجل ولدين في بطن واحد ولم يكن أصل الحبل عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادّعاه البائع فهما ابناه، ولا ينتقض البيع ولا عتق المشتري، أما ثبات النسب فلأنه لما ثبت نسب أحدهما ثبت نسب الثاني ضرورة أن أحدهما لا يقبل الفصل عن الآخر، وأما عدم انتقاض البيع

سنتين فيثبت نسبهما أيضاً **لأنهما لا يفترقان** فيه لما ذكرنا، لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه، وإن كان المشتري قد أعتقه لا يبطل عتقه لأن هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق في الملك فلا يملكه إلا من يملك الإنشاء فلهذا شرط لنزول العتق عليه أن يكون في ملكه بخلاف المسألة الأولى وهو ما إذا كان العلوق في ملكه حيث يعتقان جميعاً لأنها دعوة استيلاد فتستند، ومن ضرورته عتقهما بطريق أنهما حرا الأصل فتبين أنها باع حرّاً.

قال رحمه الله: (صبي عند رجل فقال: هو ابن فلان ثم قال: هو ابني لم يكن ابنه **وإن جحد** أن يكون ابنه) معناه إذا كان صبي عند رجل فقال الرجل الذي عنده الصبي: هذا الصبي ابن فلان الغائب ثم قال: هو ابني لم يكن ابنه أبداً، وإن جحد فلان الغائب **أن يكون الصبي ابنه** ولا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده، **واشتراطه في الكتاب** وقع اتفاقاً وإنما لا تصح دعوته بعد ذلك لأنه أقر بثبوت نسبه من الغير، وذلك يمنع ثبوت نسبه/ منه بدعوته لأن إقراره حجة في حق هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا: تصح دعوة المقر بعد جحود المقر له أن يكون ابنه **لأن إقراره بطل** بجحود المقر له فصار كأن لم يقرّ، ولهذا يعتق عليه بدعوته لو كان عبداً له، وهذا لأن الإقرار بالنسب مما يرتد بالرد إذ الإقرار بما لا يحتمل النقض ملحق بالإقرار بما يحتمل النقض، ولهذا يؤثر فيه الهزل والإكراه حتى لا يصح معهما، وإن كانا لا يؤثران فيما لا يحتمل النقض فصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق العبد

[٤١ أ/٣]

فلأنه حدث في المحل ما يمنع الانتقاض وهو الحرية لأنه تعذر إثبات الحرية بطريق التبعية فلا ينتقض البيع فيه اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأنهما لا يفترقان**) فكان قوله: هذا ابني مجازاً عن قوله: هذا حر وإعتاق أحد التوءمين ينفصل عن عتق الآخر فيقتصر هذا العتق على محل ولايته وصار كأن البائع أعتقهما فيعتق من في ملكه فحسب، وهذا بخلاف ما لو اشترى أحد التوءمين واشترى أبو المشتري الآخر ثم ادّعى أحدهما نسبه حيث يعتق كلاهما، وهذه دعوة تحرير فينبغي أن يقتصر على محل ولايته لما أن أحدهما أمّا إن كان أبا المشتري أو ابن المشتري فإن كان أبا المشتري فالابن ملك أخاه فيعتق عليه، وإن كان المدعي هو الابن فالأب ملك حافده فيعتق عليه، كذا ذكره التمرتاشي نقله الشيخ الشلبي من خط قارئ الهداية اهـ **قوله في المتن**: (**وإن جحد**) أي الغائب اهـ **قوله**: (**أن يكون الصبي ابنه**) وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الصبي يكون في يدي الرجل قال: هوابن عبدي الغائب ثم يقول: هو ابني قال: لا يكون ابنه أبداً وقال يعقوب ومحمد إذا جحد العبد أن يكون ابنه كان ابن المولى إلى هنا لفظ أصل الجامع. **قوله**: (**واشتراطه في الكتاب**) أي بقوله: عند رجل اهـ **قوله**: (**لأن إقراره**) أي بأن هذا ابن فلان

المبيع قبل البيع وكذبه البائع، ثم قال المشتري: أنا أعتقته فإن الولاء يتحوّل إليه فكذا هذا، ولأن إقراره له بالنسب نفي للنسب عن نفسه، أو إنكار لوجوب الحقوق عليه وذلك لا يمنع الإقرار به بعده بأن قال: ليس هو بابني ثم قال: هو ابني فكذا هذا، ولهذا يصح إكذاب الملاعن نفسه بعد نفي النسب عنه بخلاف ما إذا صدّقه لأنه يدعي نسباً ثابتاً من غيره، وبخلاف ما إذا لم يصدّقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق انمقر له على اعتبار تصديقه كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لتعلق حقه به بتكذيب نفسه، **ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن النسب** مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته، والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فيبقى في حق نفسه لأن إقراره حجة في حق نفسه كمن أقر بحرية عبد الغير فكذبه المولى فإنه يبقى في حق المقر حراً ولا يرتد بإقراره حتى لو ملكه يوماً عتق عليه لإقراره بذلك، وكمن شهد على رجل بنسب صغير فردّت شهادته لتهمة ثم ادّعاه الشاهد لنفسه فإن دعواه لاتقبل لإقراره به للغير، وهذا لأنه تعلق به حق المقر له حتى لو صدّقه بعد التكذيب ثبت نسبه منه، وكذا لو تعلق به حق الولد فلا يرتد بردّ المقر له فصار كدعواه قبل الردّ، ولأن موجب إقراره شيئان ثبوت النسب من الغير وإبطال حق نفسه في الدعوة، وإذا ارتد الأول لعدم ولايته عليه فلا يرتد الثاني لأن إقراره حجة عليه، ولا يلزم مسألة الولاء لأنها على الخلاف ذكره في كتاب الولاء، ولئن سلم فالنسب ألزم من الولاء فإنه يقبل التحوّل من جانب الأم إلى جانب الأب عند إعتاق الأب، وكذا إذا ارتدت معتقة والعياذ باللّه ولحقت بدار الحرب وسبيت وأعتقها المولى الثاني كان الولاء له والنسب لا يقبله كما مر في ولد الملاعنة فلا يصح القياس عليه، وإنما يعتق عليه إذا ادّعاه لإقراره به كما إذا قال لعبده الثابت نسبه من غيره هو ابني وهذا يصلح حيلة فيمن يبيع عبداً أصل علوقه عنده ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك من البائع فيبطل دعواه بنسبه لغيره مطلقاً عنده، وعندهما بشرط أن لا يرد المقر له النسب بأن يسكت أو يقرّ به لميت أو لغائب لا يعرف.

قال رحمه اللّه: (ولو كان في يد مسلم ونصراني فقال النصراني: ابني وقال السلم: عبدي فهو حر ابن النصراني) أي لو كان الصبي في أيديهما فادّعى النصراني أنه ابنه والمسلم أنه عبده **وادّعياه معاً** كان حراً ابن النصراني لأنه ينال بذلك شرف

اهـ **قوله: (ولأبي حنيفة أن النسب إلخ)** قال الإتقاني: وجه قول أبي حنيفة: أن الإقرار بالنسب من الغير إقرار بما لا يحتمل النقض فلا يصح دعوة المقر بعد ذلك، وإنما قلنا: إنه لا يحتمل النقض لأن في زعم المقر أنه ثابت النسب من الغير والنسب إذا ثبت لا ينتقض بالجحود والتكذيب ولهذا لو عاد المقر له إلى تصديقه جاز وثبت النسب منه وصار

الحرية في الحال والإسلام في المآل، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة فكان فيه الجمع بين المصلحتين وفي عكسه فوات شرف الحرية إذ لا قدرة له على اكتسابها فكان الجمع بينهما أولى، ولايقال: ينبغي أن يكون عبداً للمسلم **لأن الإسلام مرجح** لأنا نقول: الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستواء، ولا تعارض هنا لأن النظر له فيما قلنا، أوفر فانتفى الاستواء بخلاف ما إذا ادَّعى كل واحد / منهما أنه ابنه **حيث يكون المسلم فيه أولى** لاستوائهما في دعوى البنوّة فيرجح المسلم بالإسلام وهو أوفر للصبي لحصول الإسلام له في الحال تبعاً لأبيه. [٤١ ب/٣]

قال رحمه الله: (**وإن كان صبي في يد زوجين** فزعم أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما) لأن كل واحد منهما أقر للولد بالنسب وادَّعى ما يبطل حق صاحبه فصح إقرارهما له، ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح أحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه وقيام أيديهما عليه وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر على أنه منهما كثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما لصاحبه هذا الثوب لي ولفلان آخر غيرك وليس لك أنت فيه شيء كان الثوب بينهما، ولا يصدّق كل واحد منهما في إبطال حق صاحبه فيه إلا أن المقر له يشارك المقر في نصيبه، لأن المحل يحتمل الشركة، وفي النسب لا يشارك لأنه لا يحتملها هذا إذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه، **وإن كان يعبر** فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه.

قال رحمه الله: (**ولدت مشتراته** فاستحقت غرم الأب قيمة الولد وهو حر) يعني لو اشترى أمة فولدت منه ثم استحقها مستحق ضمن المشتري قيمة الولد

كالذي لم يصدقه ولم يكذبه اهـ **قوله**: (**وادَّعياه معاً**) وبه صرح في الفوائد الظهيرية، وفيه إشارة إلى أن دعوة المسلم لو سبقت يكون عبداً للمسلم اهـ من خط قارئ الهداية. **قوله**: (**لأن الإسلام مرجح**) بكسر الجيم اهـ **قوله**: (**حيث يكون المسلم فيه أولى**) وهذا عندنا وقال زفر: يستويان وقال الشافعي: يحكم القائف، كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وإن كان صبي في يد زوجين إلخ**) قال التمرتاشي: التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب حتى لو قال رجل: هو ابني منك من زنا وقالت: من نكاح ثم قال الرجل: من نكاح يثبت النسب منه فلو قالت: ابني منك من نكاح، وقال: من زنا لم يثبت النسب منهما لعدم اتفاقهما في النكاح فلو قالت: بعد ذلك ابني منك من نكاح ثبت لما قلنا اهـ من خط قارئ الهداية رحمه الله. **قوله**: (**وإن كان يعبر**) أي وليس هناك رق ظاهر اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ولدت مشتراته إلخ**) قال في الهداية: ومن اشترى جارية فولدت ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم قال الإتقاني أي قال في الجامع الصغير في كتاب القضاء: وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في

والولد حر، وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أيّ سبب كان، **وكذا إذا تزوّجها على أنها حرة** فولدت له ثم استحقت، روي ذلك عن عمر رضي اللّه عنه في النكاح، وعن علي ر ضي اللّه عنه في الشراء بمحضر من الصحابة رضي اللّه عنهم من غير نكير فكان إجماعاً، ولأن النظر من الجانبين واجب إذ المغرور معذور لأنه بنى الأمر على سبب صحيح شرعاً، والأمة ملك المستحق، والولد جزؤها فاستوجب الآخر النظر فوجب الجمع بينهما مهما أمكن مراعاة لحقهما، وذلك بأن يجعل الولد حر الأصل في حق الأب ورقيقاً في حق المستحق لأن استحقاق الأصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الأب قيمته يوم الخصومة لأنه يوم المنع والتحوّل من العين إلى القيمة لأنه لما علق رقيقاً في حق المولى كان حقه في عين الولد إنما يتحوّل إلى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته وقت التحوّل، وتجب هذه القيمة على الأب دون الولد حتى إذا كان الأب ميتاً يوخذ من تركته لأن المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الأب دونه **ولا ولاء للمستحق عليه،** لأنه علق حر الأصل وإنما قدرنا [الرق][(١)] ضرورة القضاء بالقيمة فلا تعد موضعها ثم هذا الغرور إن كان في ملك اليمين فظاهر، وإن كان في النكاح فإن القاضي يقضي بها وبولدها للمستحق عند إقامة المستحق البينة أنها له لأنه ظهر له أنها للمستحق وفرعها يتبعها إلا إذا أثبت الزوج أنه مغرور بأن يقيم البينة أنه تزوّجها على أنها حرة فيثبت به حرية الأصل للأولاد.

قال رحمه اللّه: ﴿**فإن مات الولد لم يضمن الأب قيمته**﴾ يعني **لو مات الولد قبل**

رجل اشترى من رجل جارية فوطئها فولدت له ولداً ثم استحقها رجل قال: يغرم الأب للمولى قيمة الولد يوم تخاصم إن جاء والولد حي، وإن جاء والولد قد مات فلا شيء على المشتري، فإن جاء وقد مات الولد وترك عشرة آلاف درهم فلا شيء على الأب وإن قتل الولد فأخذ الوالد ديته فعلى الأب قيمته إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير. **قوله:** ﴿**وكذا إذا تزوّجها على أنها حرة إلخ**﴾ قال الإتقاني: والمغرور من يستولد امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح على أنها حرة ثم يستحقها رجل بالبينة على أنها أمة وولدها حر بإجماع الصحابة ثم قال الإتقاني: ثم اعلم أن ولد المغرور إنما يكون حراً بالقيمة إذا كان المغرور حراً، أما إذا كان مكاتباً، أو مأذوناً له في التزوّج يكون ولده عبداً للمستحق خلافاً لمحمد، وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب اهـ **قوله:** ﴿**ولا ولاء للمستحق عليه**﴾ أي على الولد اهـ **قوله في المتن:** ﴿**فإن مات الولد لم يضمن الأب**﴾ أي وهو المشتري اهـ **قوله:** ﴿**لو مات الولد قبل الخصومة إلخ**﴾ قال الإتقاني: ثم إن جاء المستحق بعدما مات الولد وترك عشرة آلاف ورثه أبوه لما مرّ أنه علق حراً في حق المستولد ولا يغرم الأب قيمة الولد لأنه لم يمنع

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

الخصومة لا يجب على الأب شيء لأن الولد لو كان مملوكاً للمستحق حقيقة لم يكن مضموناً عليه، فإن الولد المغصوب أمانة عندنا على ما عرف في موضعه فالأولى أن لا يكون مضموناً عليه مع عدم الملك حقيقة، وكذا لو ترك مالاً لأن الإرث ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الإرث كسلامة نفسه بخلاف ما إذا قتله قاتل وقبض الأب من ديته قدر قيمته حيث يجب عليه ضمان قيمته لأن سلامة بدله كسلامته ومنه بدله كمنعه، وإن لم يقبض شيئاً لا يجب عليه لأن المنع لا يتحقق فيما لم يصل إليه، وإن قبض أقل من قيمته وجب عليه بقدره اعتباراً للبعض بالكل، وبخلاف ما إذا قتله الأب لأن/ المنع تحقق بقتله، كما في ولد المغصوب إذا أتلفه الغاصب. [٤٢ أ/٣]

قال رحمه اللّه: (ويرجع بالثمن وقيمته على بائعه لا بالعقر) أي يرجع المشتري بثمن الجارية وبقيمة الولد على بائعه، ولا يرجع بما لزمه من العقر بوطئها لأن البائع صار كفيلاً بما شرط عليه من البدل لأن البيع مبني على مساواة البدلين في حكم الضمان، فلما كان الثمن من جانب المشتري سالماً للبائع وجب أن يكون المبيع سالماً للمشتري، وذلك بأن يجعل البائع كفيلاً بسبب تملك البدل فصار كأنه قال للمشتري: إن الحكم قد ثبت لك فإن ضمنك أحد بدعوى باطل فأنا ضامن لك بما ضمنك، ولأن البائع التزم سلامتها عن العيب إذ المعاوضة تقتضي ذلك، ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه، وكذا إن هلكت عند المشتري فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الأولاد يرجع المشتري على البائع بالثمن وبما ضمن من قيمة الأولاد

الولد والميراث ليس ببدل عن الولد حتى يكون منعه كمنع الولد، ولو قتل الأب الولد يغرم قيمته للمستحق لأنه منعه منه، وكذا لو قتله غيره وأخذ ديته يضمن قيمته لأن سلامة البدل كسلامة الولد ومنعه كمنعه، وإن لم يأخذ الدية من القاتل لا يضمن شيئاً لأنه لم يمنع الولد أصلاً لا حقيقة ولا حكماً كذا ذكر فخر الدين قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير، وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي: ويغرم الواطئ العقر للمستحق لأنه وطئ ملك الغير بشبهة ولا يرجع بالعقر على الغارّ لأن الوطء في هذا بمنزلة جزء أتلفه منها، وتناوله لنفسه فلا يرجع به على غيره كما لو قطع يدها لم يرجع به على غيره، وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: قال: وإذا أبقت الأمة فأتت رجلاً فأخبرته أنها حرة وتزوّجها على ذلك بنكاح صحيح في الظاهر أو فاسد فولدت ولداً ثم أقام مولاها البينة أنها أمته فقضى بها له فإنه يقضي بالولد أيضاً لمولى الجارية إلا أن يقيم الزوج البينة أنه تزوّجها على أنها حرة، فإن أقام البينة على ذلك جعلت الولد حراً ولا سبيل عليه ثم قال: وضع المسألة فيما إذا لم يتزوّجها على هذا الشرط فيكون هذا اغتراراً منه

لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لأن أخذ قيمتها منه كأخذ عينها، وفيه لا يرجع إلا بالثمن فكذا هذا وكذا إذا زوّجه رجل على أنها حرة ثم استحقت يرجع الأب على المزوّج بقيمة الولد إذ الاستيلاد مبني على التزويج وشرط الحرية صار بمنزلة الوصف اللازم لهذا التزويج فيكون الاستيلاد بناء على التزويج، وشرط الحرية فكان الشارط صاحب علة فنزل كالقائل أنا كفيل بما لحقك بسبب هذا العقد، أو يقال: ما لزمه من الضمان إنما لزمه بالاستيلاد والاستيلاد حكم التزويج لأنه موضوع له فكان المزوّج صاحب علة فيضاف الحكم إليه بخلاف ما إذا أخبره رجل أنها حرة أو أخبرته هي وتزوّجها من غير شرط الحرية حيث يكون الولد رقيقاً ولا يرجع على المخبر بشيء لأن الإخبار سبب محض لأن العقد حصل باختيار الرجل والمرأة، وإنما يأخذ حكم العلة بالغرور، وذلك بأحد أمرين بالشرط أو بالمعاوضة ولا يرجع بما لزمه من العقر على البائع وعند الشافعي رحمه اللّه يرجع **لأنه ضمان لزمه بفوت السلامة** قلنا: العقر عوض عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم له المستوفى مجاناً والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم له مجاناً ولا يرجع على الواهب المتصدق والموصي بشيء من قيمة الأولاد، وعند الشافعي رحمه اللّه يرجع لأن الغرور قد تحقق له منه بإيجابه الملك له فيها وإخباره أنها مملوكته، قلنا: مجرد الغرور لا يكفي للرجوع فإن من أخبر إنساناً أن هذا الطريق آمن فسلكها فأخذ اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشيء بخلاف البيع فإنه عقد معاوضة يوجب السلامة أو الضمان على ما بينا وهذا تبرع وهو محسن وليس على المحسن من سبيل وبخلاف التزوّج لأنه موضوع للاستيلاد وطلب النسل، قال عليه الصلاة والسلام: «تناكحوا توالدوا تكثروا»[1] الحديث، فإذا لم يسلم ما هو المقصود به رجع بذلك على من غره والمقصود بوضع الهبة إظهار الجود والسماحة وثبوت الملك، وهذا المقصود يتحقق بدون الاستيلاد ولو باعها المشتري من آخر فاستولدها الثاني، ثم استحقت رجع المشتري الثاني على البائع الثاني بالثمن وبقيمة الولد، ويرجع المشتري الأوّل على البائع الأوّل بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه، وقالا: يرجع عليه بقيمة الولد

حيث بنى أمره على مطلق خبرها، فأما إذا شرط ذلك عند العقد يصير الزوج مغروراً فيكون ولده حراً ولا سبيل عليه وجعلت على أبيه قيمته يوم قضى به ديناً في ماله دون مال الولد اهـ قوله: **(لأنه ضمان لزمه بفوت السلامة)** أي المستحقة في العقد كما يرجع بقيمة الولد اهـ (فرع) قال الإتقاني: وقد ختم كتاب الدعوى في الجامع الصغير بقوله: وإذا قالت المرأة:

---

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير من غير قوله توالدوا (٣/ ١١٥).

أيضاً لأن البائع الأوّل ضمن للثاني سلامة الولد في ضمن البيع ولم يسلم له حيث أخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه، كما في الثمن/ والرد بالعيب ولأبي حنيفة رحمه [٤٢ ب/٣] الله أن البائع الأول ضمن للمشتري سلامة أولاده دون سلامة أولاد المشترى منه لأن ضمان السلامة إنما يثبت بالبيع، والبيع الثاني لا يضاف إليه وإنما يضاف إلى البائع الثاني لمباشرته باختياره فينقطع به تسبب الأوّل، بخلاف الثمن لأن البائع الأوّل ضمن للبائع الثاني سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم لبائعه الثمن، وبخلاف الرد بالعيب لأن المشتري الأول استحقه سليماً ولم يوجد والله أعلم بالصواب.

أنا أم ولد هذا الرجل وأرادت استحلاف الرجل ليس لها ذلك في قول أبي حنيفة خاصة، لأن أمومية الولد تابعة للنسب ولا يرى اليمين في النسب اهـ

كتاب الإقرار

وهو في اللغة: الإثبات، يقال قر الشيء إذا ثبت وأقرّه غيره إذا أثبته. وفي الشرع: عبارة عن الإخبار بما عليه من الحقوق وهو ضدّ الجحود. وشرط صحته أن يكون المقرُّ بالغاً عاقلاً طائعاً، وكونه حرّاً ليس بشرط حتى يصح إقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص، وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال **لأنه إقرار على الغير** وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع. **وهو نظير ما إذا أقرّ الحرّ لإنسان** بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال وإذا ملكها يوماً **يؤمر بتسليمها إلى المقرّ له** لزوال المانع، وهذا لأن الإقرار إخبار وليس بإنشاء. والإخبار في ملك الغير

كتاب الإقرار

قال الإتقاني رحمه اللّه: إنما ذكر هذه الكتب أعني كتاب الإقرار وكتاب الصلح وكتاب المضاربة وكتاب الوديعة عقيب كتاب الدعوى للمناسبة، لأن المُدّعى عليه إما أن يقرّ أو ينكر، فإن أقرّ فبابه الإقرار، وإن أنكر فالإنكار منازعة وخصومة والخصومة تستدعي الصلح فبعد ما ثبت له المال إما بالإقرار أو بالصلح لا يخلو إما أن يستربح بنفسه أو بغيره والاسترباح بنفسه بالبيع وقد تقدّم بابه، والاسترباح بغيره هو المضاربة، فإن لم يرد الاسترباح فلا يخلو، إما أن يحفظ المال بنفسه أو بغيره وحفظه بنفسه لا يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة اهـ **قوله:** (**لأنه إقرار على الغير**) قال الولوالجي رحمه اللّه في كتاب الإقرار: عبد في يدي رجل أقرّ رجل آخر أنه لفلان ثم قال: هو حرّ ثم اشتراه فهو للمقرّ له لأنه أقر بحرية عبد الغير، ولو بدأ وقال هو حرّ ثم قال هو لفلان ثم اشتراه فهو حر لأنه أقرّ بالحرّ لغيره فلا يصح إقراره اهـ قال الإمام نجم الدين الزاهدي رحمه اللّه في القنية في كتاب أدب القاضي في باب من يشترط حضرته لسماع البينة ما نصه: وقد يكون خصماً في اليمين ولا يكون خصماً في البينة كمن اشترى عبداً وقبضه ثم أقرّ به لغير البائع فلان ودفعه إلى المقر له ثم أقام بينة أنه كان للمقر له ليرجع بالثمن على البائع لم تقبل بينته، ولكن له أن يحلف البائع باللّه ما كان للمقر له، فإن نكل ردّ الثمن اهـ **قوله:** (**وهو نظير ما إذا أقر الحر لإنسان إلخ**) هذا الفرع ذكره الشارح في باب الوصية بثلث المال اهـ وقد تقدم قبل في الشارح بورقة أنه لو أقرّ بحرية عبد الغير فكذبه المولى ثم ملكه المقر يوماً عتق عليه فراجعه اهـ **قوله:** (**يؤمر بتسليمها إلى المقر له**) ولو أقر بهذه الدار التي في يد فلان وقف على مسجد كذا ثم ملكها المقر فإنه يؤمر بتسليمها إلى المتولي، هكذا أفتيتُ

صحيح فينفذ في حق نفسه بخلاف الإنشاء، ولهذا لو أقرّ بالطلاق والعتاق مكرهاً لا يصح ولو كان إنشاء لصح.

قال رحمه الله: (هو إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه) هذا في الشريعة وقد بيناه وقيده بأن يكون على نفسه لأنه لو كان على غيره لغيره يكون شهادة ولنفسه يكون دعوى.

قال رحمه الله: (**إذا أقرّ حرّ مكلف بحق** صح ولو مجهولاً كشيء وحق) لأن الإقرار حجة شرعية ثبتت حجيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول. وأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وليملل الذي عليه الحق﴾ [البقرة:٢٨٢] أمره بالإملال فلو لم يقبل إقراره لما كان لإملاله معنى، وقد نهاه الله تعالى أيضاً عن كتمان الحق بقوله تعالى: ﴿وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فصار نظير أمره بأداء الشهادة ونهيه عن كتمانها، وقوله تعالى: ﴿بل الإنسان على نفسه بصيرة﴾ [القيامة: ١٤]، أي شاهد قاله ابن عبّاس رضي الله عنهما. وقوله تعالى: ﴿كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم﴾ [النساء: ١٣٥]، والمراد به الإقرار. وأما السنة: فما روي أنه عليه الصلاة والسلام: «رجم ماعزاً والغامدية بإقرارهما»[(١)] فإذا وجب الحد بإقراره على نفسه فالمال أولى أن يجب، وأما الإجماع: فلأن الأمّة أجمعت على أن الإقرار حجة في حق نفسه حتى أوجبوا عليه الحدود والقصاص بإقراره، وإن لم يكن حجة في حق غيره لعدم ولايته عليه، فالمال أولى. وأما المعقول: فلأن العاقل لا يقرّ على نفسه كاذباً بما فيه ضرر على نفسه أو ماله فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف إقراره في حق غيره حتى لو أقرّ مجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله **ولا يصدق على أولاده** وأمّهاتهم ومُدَبَّرِيه ومكاتبيه، بخلاف ما إذا ثبت ذلك بالبينة، لأن البينة إنما

في سؤال رفع إليّ والله الموفق اهـ (فرع) ذكره العمادي رحمه الله في الفصل الثالث والعشرين معزياً إلى أول إقرار فتاوى صاحب المحيط رحمه الله أن من أقرّ لإنسان بشيء ثم صدّقه المقر له، ثم ردّ إقراره لا يصح الردّ اهـ وسيأتي هذا الفرع في كلام الشارح في الصفحة الآتية زيادة فائدة والله الموفق اهـ **قوله في المتن: (إذا أقرّ حرّ مكلف بحق)** لم يرد أنه أقر بلفظ الحق بل بدينار أو درهم غير أنه عبر عنه بلفظ الحق، كقول الرجل جاءني فلان فإن هذا غير منكر في حق القائل فعبر عن المعرف الذي عنده بالمنكر اهـ مستصفى. **قوله: (ولا يصدق على أولاده إلخ)** قال في الخلاصة في آخر الفصل الثاني من الإقرار: رجل وامرأة

---

(١) تقدم تخريجه.

تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامّة فينفذ في حق الكل. أما الإقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه إلى القضاء فينفذ عليه وحده لما ذكرنا إلا إذا ردّه المقر له **فيرتد بردّه**، ولو صدقه ثم ردّه لا يصح ردّه ولكن إذا كان يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين اللّه تعالى إلا إذا سلّمه له بطيب من نفسه حل فيكون هبة مبتدأة منه وشَرَط الحرية ليصح إقراره مطلقاً، لأن العبد / المحجور عليه [٤٣/ ١ ٣] يتأخر إقراره بالمال إلى ما بعد العتق، وكذا المأذون له يتأخر إقراره بما ليس من باب التجارة كإقراره بالمهر بوطء امرأة تزوّجها بغير إذن مولاه. وكذا إذا أقرّ بجناية موجبة للمال لا يلزمه، لأن الإذن لم يتناول إلا التجارة، فلم يكن مسلطاً عليه بخلاف ما إذا أقرّ بالحدود والقصاص **لأن العبد مُبقى على أصل الحرّية** في حقهما، ألا ترى أن إقرار المولى لا يصح عليه فيه وشَرَط التكليف لأن إقرار الصبي والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام أهلية الالتزام، إلا إذا كان الصبي أو المعتوه مأذوناً له فيصح إقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة، لأنه لو لم يصح إقراره لا يعامله أحد فلا يجدُ بُداً منه فدخل في الإذن كل ما كان طريقه التجارة كالديون والودائع والعواري والمضاربات

مجهولان لهما ابن صغير لا يتكلم أقرّا بالرق على أنفسهما وعلى ابنهما جاز، فإن كان الابن يتكلم فقال: أنا حرّ فالقول قوله ولو كان له أمهات الأولاد والمدبرون فإقراره بالرق لا يعمل في حقهم اهـ **قوله: (فيرتدّ بردّه)** رجل قال لآخر: أنا عبد لك، فقال الآخر: لا، ثم قال: بلى أنت عبد لي، فإنه عبده ولا يكون نفيه شيئاً بخلاف مسألة الجامع الصغير، لأن الرق لا يبطل بجحود المولى. أما الإقرار بالدين والعين يبطل بالتكذيب اهـ خلاصة في آخر الفصل الثاني من الإقرار. **قوله: (لأن العبد مبقى على أصل الحرية)** أي: فيما هو من خواص الآدمية وذلك لأن وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفاً وكونه مكلفاً من خواص الآدمية اهـ إتقاني. (فرع) ذكر في الجامع: رجل قال ما في يدي من قليل أو كثير أو عبد أو متاع لفلان صح إقراره، لأنه عام وليس بمجهول، فإن جاء المقر له ليأخذ عبداً من يد المقر واختلفا، فقال المقر له: كان في يدك وقت الإقرار فهو لي وقال المقر: لا بل ملكت هذا بعد الإقرار القول قول المقر، إلا أن يقيم المقر له بينة أنه كان في يد المقر وقت الإقرار لأن المنكر ينكر دخول هذا العبد في الإقرار والقول قوله، وذكر في الإقرار ما يوافق رواية الجامع، رجل قال: ما في حانوتي لفلان ثم بعد أيام ادّعى شيئاً مما في الحانوت له ووضعه في الحانوت بعد الإقرار صدق وذكر في بعض روايات الإقرار أنه لا يصدق، قال رحمه اللّه: وهذه الرواية تخالف رواية الجامع، قالوا: تأويل الرواية الثانية إذا ادّعى بعد الإقرار في مدة لا يمكنه إدخاله في الحانوت في تلك المدّة بيقين، وفي مسألة الجامع إذا ادّعى المقر حدوث الملك في زمان لا يتصوّر حدوثه فيه لا يقبل قوله أني

والمغصوب فيصح إقراره فيها لالتحاقه في حقها بالبالغ العاقل، لأن الإذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح إقراره بها، لأن التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال والجناية ليست بمبادلة والكفالة تبرّع ابتداء فلا تدخل تحت الإذن والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز وإقرار السكران جائز مطلقاً إذا كان سكره بطريق محظور، لأنه لا ينافي الخطاب إلا إذا أقر بما يقبل الرجوع، كالحدود الخالصة حقاً للّه تعالى، لأن السكران لا يكاد يثبت على شيء فأقيم السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع فلا يلزمه شيء، وإن سكر بطريق مباح كالشرب مكرهاً لا يلزمه شيء، وكذا شرب المتخذ من الحبوب أو العسل عندهما خلافاً لمحمد رحمهم اللّه. وقوله **ولو مجهولاً** كشيء وحق أي ولو كان المقرّ به مجهولاً بأن قال: عليّ شيء أو حق يلزمه لأن الحق قد يلزمه مجهولاً بأن يتلف مالاً أو يجرح جراحة أو يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته ولا أرشها ولا قدرها وهو محتاج إليه لإبراء ذمّته بالإيفاء أو التراضي، فلا يمنع صحة الإقرار بخلاف الشهادة لأنها لا تجوز إلا بالعلم، قال اللّه تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ [الزخرف: ٨٦]، وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع»، ولأن الشهادة لا توجب إلا بقضاء القاضي ولا يمكنه القضاء بالمجهول فيبطل إذ لا حاجة للشهود بدون العلم لأنها غير واجبة عليهم. وبخلاف الجهالة في المقر له سواء تفاحشت الجهالة **بأن قال عليّ ألف درهم لواحد** من الناس، أو لم تتفاحش بأن قال عليّ ألف لأحد هذين، لأن المجهول لا يصلح مستحقاً إذ لا يمكن جبره على البيان

ملكته بعد الإقرار اهـ قاضيخان في كتاب الدعوى في باب ما يبطل دعوى المدّعي. (فرع آخر) قال قاضيخان في كتاب الإقرار: رجل قال: جميع ما في يدي لفلان قال شمس الأئمة السرخسي: يرجع في البيان إليه ولا يعلم قبل البيان اهـ **قوله: (ولو مجهولاً إلخ)** قال في الينابيع: قوله بحق يريد به أن يقول: لفلان عليّ حق، فإذا قال ذلك لزمه أن يبين ماله قيمة وإن قال عَنَيْتُ به حق الإسلام لم يصدق وعلى هذا إذا قال لفلان عليّ شيء فإنه يجبر على بيان ماله قيمة سواء كان قليلاً مثل الجوزة والحفنة من الحنطة والشعير وغيرهما كالدراهم والدنانير والأبزار وغيرها اهـ **قوله: (بأن قال عليّ ألف درهم لواحد إلخ)** قال الإتقاني: بخلاف جهالة المقر له فإنها تمنع صحة الإقرار نحو أن يقول: لزيد عليّ ألف درهم فلا يصح الإقرار، لأن زيداً في الدنيا كثيرٌ إلا إذا عيّن كذا في شرح الطحاوي هذا إذا كانت الجهالة متفاحشة، فإن لم تتفاحش فلا تمنع صحة الإقرار، ولهذا قال في باب الإقرار بعلامة الواو من الواقعات الحسامية جارية في يد رجل، فقال: إن هذه لأحد هذين الرجلين جاز ويحلف لكل واحد منهما إذا ادَّعياها ولو قال هذا العبد لواحد من الناس لا يجوز، لأن هذا

من غير تعيين المدعي فلا يفيد فائدته هكذا ذكر شمس الأئمة؛ وذكر شيخ الإسلام في مبسوطه: والناطفي في واقعاته، أنها إذا تفاحشت لا يجوز **وإن لم تتفاحش جاز** لأن صاحب الحق لا يعدو من ذكره، وفي مثله يؤمر بالتذكر لأن المقر قد ينسى صاحب الحق ولا يجبر على البيان، لأنه قد يؤدّي إلى إبطال الحق عن المستحق والقاضي نصب لإيصال الحق إلى مستحقه لا لإبطاله فصار نظير ما إذا أعتق أحد عبديه ثم نسيه، بخلاف جهالة المقر به، لأن الإجبار على البيان لا يؤدّي إلى إبطال حقه، وبخلاف إعتاق أحد العبدين لأن العتق لم ينزل في المحل فلا يؤدّي الإجبار إلى إبطال حقه، ولأن المقر لهما إذا اتفقا على الأخذ من المقر واصطلحا بينهما أمكن دعواهما فيصح إقراره/ . وقال في الكافي: **وهو الأصح** ولو كان المقر عليه مجهولاً بأن [٤٣/ب/٣] قال لك على أحدنا ألف درهم لا يصح لأن المُقضى عليه مجهول ذكره في النهاية.

قال رحمه اللّه: (ويجبر على بيانه) لأنه لزمه الخروج عما وجب عليه بالإقرار وهذا لأن كثيراً من الأسباب يتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة، لأن الإنسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده من غير تحرّ في قدره وجنسه ووصفه فيحمل عليه ما لم يفسر السبب فيصح حتى لو فسره بالبيع أو الإجارة لا يصح إقراره، لأن هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان والأصل فيه أنه متى أقر بمجهول وأطلق ولم يبين السبب يصح ويحمل على أنه وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة كالغصب ونحوه وإن بيّن السبب ينظر، فإن كان سبباً لا تضره الجهالة فكذلك. وإن كان سبباً تضره الجهالة كالبيع والإجارة لا يصح ولا يجبر، ألا ترى أن القاضي لو رأى إنساناً يبيع شيئاً غير معين أو يشتري بشيء من غير تقدير ثمن لا يجبره على الأداء. فكذا إذا أقرّ به ولو عاينه يغصب شيئاً لا يعرف قدره أو يودعه يأمره بالتسليم إلى صاحبه فكذا إذا أقرّ به.

قال رحمه اللّه: (**ويبين ما له قيمة**) لأنه أخبر عن الواجب في ذمّته وما لا قيمة له لا يجب فيها فإذا بينه فيه يكون رجوعاً، **فلا يقبل** وذلك مثل حبة حنطة أو قطرة

إقرار للمجهول جهالة متفاحشة اهـ **قوله**: (**فلا يفيد فائدته**) أي لأن فائدته الجبر على البيان ولا يجبر عليه هنا اهـ **قوله**: (**وإن لم تتفاحش جاز**) أي نحو أن يقول: هذا العبد لأحد هذين الرجلين فإنهما إذا اتفقا على أخذه كان لهما حق الأخذ كذا في مبسوط أبي اليسر اهـ مستصفى. وكتب على قوله وإن لم تتفاحش ما نصه: والأصح أنه يصح، لأنه يفيد إذ فائدته وصول الحق إلى المستحق وطريق الوصول باب لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ قاله الكاكي رحمه اللّه تعالى اهـ **قوله**: (**وهو الأصح**) هذا التصحيح موافق لما نقلته عن الكاكي اهـ **قوله في المتن**: (**ويبين ماله قيمة**) أي قل أو كثر نحو حبة أو فلس أو جوزة أو

ماء أو ما أشبه ذلك، لأن مثله لا يجب في الذمّة عادة ولا يجري فيه التمانع. ولو بيّن في الصبي الحر أو الزوجة **لا يصح**. قيل يصح. والأول أصح وعلى هذا الخلاف لو بينه بجلد الميتة وكذا لو أقر بغصب شيء لا يسمع منه، إلا إذا بيّن بما له قيمة، لأن لفظ الغصب يدل على أنه يجري فيه التمانع وهو المتقوّم. **ولو قال في قوله عليّ حق** أردت به حق الإسلام لا يصدق **لأنه لا يراد به ذلك عرفاً** وعليه التعويل.

قال رحمه اللّه: (والقول للمقر مع يمينه إن ادّعى المقر له أكثر منه) لأنه المنكر.

قال رحمه اللّه: (وفي مال لم يصدّق في أقل من درهم) يعني إذا قال لفلان عليّ مال لم يصدق في أقل من درهم لأن ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر.

قال رحمه اللّه: **(ومال عظيم نصاب)** لأنه أقرّ بمال موصوف بالعظم؛ فيعتبر هذا الوصف والنصاب عظيم في الشرع حتى اعتبر صاحبه غنياً وأوجب عليه مواساة الفقراء، وكذا عرفاً حتى يعد من الأغنياء عادة. وعن أبي حنيفة رحمه اللّه أنه لا

ما أشبه ذلك، ولا يعلم فيه خلاف قاله الكاكي، وقال الإتقاني عن قوله: ويقال له بيّن المجهول يعني: إذا لزمه ما أقر به مجهولاً يقال له بيّن المجهول، وذلك لأن الإجمال وقع من جهته فعليه البيان ولكن يبين شيئاً يثبت في الذمة قل أو كثر نحو أن يبين له حبة أو فلساً أو جوزة أو ما أشبه ذلك، أما إذا بين شيئاً لا يثبت في الذمة لا يقبل منه نحو أن يقول: عنيتُ حق الإسلام أو كفاً من تراب أو نحوه كذا في شرح الطحاوي اهـ **قوله: (فلا يقبل)** قال الكاكي: ويقبل تفسيره بالكلب وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية ومالك اهـ **قوله: (لا يصح)** يعني لو بين في الغصب بأن المغصوب زوجته أو ولده قيل: يصح لأن لفظ الغصب يطلق على الزوجة وعلى الولد والأكثر أنه لا يقبل تفسيره اهـ كفاية. **قوله: (ولو قال في قوله عليّ حق إلخ)** وذكر في المحيط والمستزاد أنه إن قال ذلك موصولاً صدّق وإن قال مفصولاً لا يصدق لأنه بيان تغير باعتبار العرف، لأنه لا يراد به في العرف حق الإسلام اهـ كفاية. **قوله: (لأنه لا يراد به ذلك عرفاً)** أي إنما يراد به حقوق مالية اهـ **قوله في المتن: (ومال عظيم نصاب)** قال في الشامل في قسم المبسوط في كتاب الإقرار: لو قال درهم عظيم يلزمه درهم واحد لأنه معلوم القدر فيكون العِظَمُ صفة لعرضه وذكر في شرح الأقطع ناقلاً عن المنتقى في المال القليل أنه درهم ونقل في الأجناس عن نوادر هشام عن محمد أنه لو قال: لفلان عليّ مال لا قليل ولا كثير يلزمه مائتا درهم لأنه لما قال لا قليل لزمه الكثير والمال الكثير في الشرع مائتا درهم. وقال شمس الأئمة البيهقي في كفايته: عن أبي يوسف قال: لفلان عليّ دراهم مضاعفة يلزمه ستة لأن أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة

يصدق في أقل من عشرة دراهم، لأنه نصاب السرقة والمهر وهو عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وعنه مثل جواب الكتاب وهو قولهما، ثم يعتبر أن يبلغ نصاباً يؤخذ من جنسه الزكاة من المال الذي بينه فيه حتى إذا بينه في الإبل لا يصدق في أقل من خمس وعشرين، لأن ما دون ذلك قليل حيث لا تجب فيه الزكاة من جنسه. **والأصح أنه على قوله يبنى** على حال المقر في الفقر والغنى فإن القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض، فإن المائتين في الزكاة عظيم وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة، فيرجع إلى حاله ذكره في النهاية وحواشي الهداية معزياً إلى المبسوط.

قال رحمه اللّه: (وأموال عظام ثلاثة نصب) يعني من أيّ مال فسره به لأن أقل الجمع ثلاثة فلا يصدّق في أقل منه للتيقن به، وإن بينه/ بغير مال الزكاة يعتبر أن [٤٤ /٢/١] تبلغ قيمته قدر ثلاثة نصب ويعتبر الأدنى في ذلك للتيقن به وينبغي على قياس ما رُويّ عن أبي حنيفة أن يعتبر فيه حال المقر كما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (ودراهم كثيرة عشرة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، **وقالا لا يصدق في أقل من مائتين** لأن صاحب النصاب مكثر، ولهذا وجب عليه مواساة غيره، وله أن العشرة أقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الأكثر من حيث [اللفظ][1] **فيصرف إليه** وعلى هذا الخلاف إذا قال على دنانير كثيرة عندهما ينصرف إلى النصاب.

فيضعف مرةً، قال له: عليّ دراهم أضعافاً مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافاً عليه ثمانية عشر لأن الأضعاف جمع الضعف فتضاعف ثلاثة ثلاث مرات فكان تسعة. وقوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيكون ثمانية عشر قال: وفي الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة وأضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر، قال: عليّ عشرة وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهماً لأن أضعاف العشرة ثلاثون فإذا ضمت إلى العشرة كان أربعين فأوجبها مضاعفة فتكون ثمانين إلى هنا لفظ الكفاية، وقال في شرح الأقطع: وهذا كله إذا قال مال عظيم من الدراهم فإن لم يقل من الدراهم صدق في أي جنس ذكر فإن كان مما تجب فيه الزكاة لم يصدق في أقل من نصاب منه وإن كان مما لا نصاب له صدق يبلغ قيمة النصاب، وقال في الفتاوى الصغرى: لو قال مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل. قال الناطفي: لم أجده منصوصاً وكان الجرجاني يقول مائتان اهـ إتقاني. سيأتي هذا الفرع والذي قبله في كلام الشارح. **قوله: (والأصح أنه على قوله يُبْنَى إلخ)** قال في التحفة وقيل: يعتبر علي قول أبي حنيفة حال المقرّ إن كان غنياً يقع على ما يستعظم عند الأغنياء، وإن كان فقيراً يقع على النصاب اهـ غاية. **قوله: (وقالا لا يصدق في أقل من مائتين)** وقال الشافعي: يصدق في ثلاثة

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

وعنده إلى العشرة. وعلى هذا إذا قال عليّ ثياب كثيرة أو **وصائف** كثيرة فعنده عشرة، وعندهما يلزمه ما يساوي مائتي درهم. وإن قال غصبت إبلاً كثيرة أو بقراً كثيرة أو غنماً كثيرة أو حنطة كثيرة ينصرف إلى أقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما، وهو خمسة وعشرون من الإبل والثلاثون من البقر والأربعون من الغنم وخمسة أوسق من الحنطة وعنده يرجع إلى بيان المقر ولو قال على مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل. قال الناطفي: لم أجده منصوصاً عليه وكان الجرجاني رحمه الله يقول: يلزمه مائتان.

قال رحمه الله: (ودراهم ثلاثة) يعني إذا قال عليّ دراهم يلزمه ثلاثة دراهم لأنه أقل الجمع الصحيح فصار متيقناً به والزائد على ذلك مشكوك فيه. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا قال له عليّ دراهم مضاعفة فعليه ستة دراهم، لأن أدنى الجمع ثلاثة وضعفها ستة. ولو قال دراهم أضعافاً مضاعفة يلزمه ثمانية عشر درهماً لأن أضعافاً لفظ جمع وأقله ثلاثة فتصير تسعة ثم بالمضاعفة تصير ثمانية عشر، وكذا إذا عكس بأن قال عليّ دراهم مضاعفة أضعافاً لأنها بالمضاعفة تصير الثلاثة ستة، ثم بالأضعاف وهو جمع تصير ثمانية عشر.

قال رحمه الله: (ولو قال **كذا درهماً درهم**) لأنه تفسير للمبهم **وذكر في التتمة**

دراهم ولا يصدق في أقل من ذلك اهـ إتقاني. **قوله: (فيصرف إليه)** قال الشيخ أبو نصر البغدادي[1]: والفرق لأبي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن الدراهم تفيد العدد لأن الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع إلى العدد وقوله عظيم لا يتضمن عدداً فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد والعظيم في الشرع ما يصير به غنياً فتجب الزكاة بنفسه فاعتبر ذلك اهـ غاية. **قوله: (أو وصائف)** الوصيف الغلام دون المراهق والوصيفة الجارية كذلك والجمع وصفاء ووصائف مثل كريم وكرماء وكريمة وكرائم اهـ مصباح. **قوله في المتن: (كذا درهماً درهم)** قال في الهداية: ولو قال كذا درهماً فهو درهم قال الإتقاني: ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ولم يذكره في الأصل وقال الإمام شرف الدين أبو حفص عمر بن محمد بن عمر الأنصاري العقيلي البخاري في كتاب المنهاج[2]: وإن قال له عليّ كذا درهماً لزمه ما بينه أقول كان ينبغي أن يلزمه في هذا أحد عشر لأنه أول العدد الذي يقع مميزه منصوباً هكذا نقل عن أهل اللغة وإذا كان كذلك

---

(١) هو أحمد بن محمد الأقطع المعروف بالأقطع فقيه حنفي من تلاميذ القدوري، توفي سنة (٤٧٤هـ)، انظر الفوائد البهية (٤٠).

(٢) اسمه منهاج الفتاوى للإمام عمر بن محمد العقيلي الأنصاري المتوفى سنة (٥٧٦هـ). انظر كشف الظنون (٢ / ١٨٧٧).

والذخيرة وغيرهما يلزمه درهمان، لأن كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان، إذ الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر، وفي شرح المختار **قيل: يلزمه عشرون** وهو القياس لأن كذا يذكر للعدد عرفاً وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون، ولو ذكره بالخفض **روي عن محمد أنه يلزمه مائة** لأنها أقل عدد يذكر بعده الدرهم بالخفض، ولو قال عليّ درهم عظيم يلزمه درهم واحد، لأن الدرهم معلوم القدر في نفسه فلا يزداد قدره بقوله عظيم لأنه وصف له، ولو قال عليّ دريهم فعليه درهم تام لأن التصغير قد يذكر على طريق الاستقلال فلا ينقص عن الوزن **والمعتبر هو الوزن المعتاد** في كل زمان ومكان. وكذا في الدنانير لأن التعامل يجري على المعتاد عادة فلا يعرض عنه إلا بحجة.

قال رحمه اللّه: (**كذا كذا أحد عشر كذا وكذا أحد وعشرون** ولو ثلث بالواو يزاد

ينبغي أن لا يصدق في بيانه بدرهم والقياس فيه ما قاله في مختصر الأسرار: إذا قال له عليّ كذا درهماً لزمه عشرون لأنه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الأقل وهو عشرون لأنه متيقن اهـ **قوله: (وذكر في التتمة)** محالاً إلى الجامع الصغير اهـ قارئ الهداية. **قوله: (قيل يلزمه عشرون)** وبه قال ابن عبد الحكم المالكي اهـ **قوله: (روي عن محمد أنه يلزمه مائة)** أي وإن قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة لأنه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لأن ثلاثاً عدد ومائة عدد ليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما اهـ إتقاني. **قوله: (والمعتبر هو الوزن إلخ)** قال صاحب الهداية: وينصرف إلى الوزن المعتاد أي بين الناس وذلك لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف وهو غالب نقد البلد ولا يصدق في أقل من ذلك لأنه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه قال في تحفة الفقهاء: لو قال عليّ ألف درهم فهو على ما يتعارفه أهل البلد من الأوزان أو العدد وإن لم يكن شيئاً متعارفاً فيحمل على وزن سبعة فإنه الوزن المعتبر في الشرع، وكذلك في الدينار يعتبر وزن المثاقيل إلا في موضع متعارف فيه بخلافه. ولو قال لفلان عليّ دريهم أو دنينير فعليه الإتمام لأن التصغير قد يذكر لصغر الحجم وقد يكون لاستحقار الدرهم وقد يكون لخفة الوزن فلا ينقص الوزن بالشك إلى هنا لفظ التحفة وقال الحاكم الشهيد في الكافي: وإذا قال الرجل لفلان عليّ مائة درهم عدداً ثم قال بعد ذلك هي وزن خمسة أو وزن ستة وكان الإقرار منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة ولا يصدق على النقصان إذا لم يبين وزنها موصولاً بكلامه وكذلك الدنانير وإن كانوا في بلاد يتبايعون على دراهم معدودة والوزن بينهم ينقص عن سبعة صدق إذا ادّعى أن الذي أقر به هو على وزنهم ولا يصدق إن ادَّعى وزناً دون ذلك وإن كان نقد البلد مختلفاً فهو على الأقل من ذلك إلى هنا لفظ الكافي اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (كذا كذا أحد عشر)**

مائة ولو ربّع زِيْدَ ألف) لأن هذه الكلمات مبهمة فيجب حملها على نظيرها من المفسر فأقل عددين يذكران **من غير حرف عطف بينهما أحد عشر، وبحرف عطف بينهما أحد وعشرون** وثلاثة أعداد بحرفي العطف مائة وأحد وعشرون وأربعة أعداد بثلاثة حروف ألف ومائة وأحد وعشرون، ولو ثلث بلا واو يجب أحد عشر لأنه لا نظير له، فلا يزاد على الأول، ولو خمس بالواو ينبغي أن يزاد عشرة/ آلاف، ولو سدس [٤٤ ب/٣] يزاد مائة ألف، ولو سبع يزاد ألف ألف، وعلى هذا كلما زاد عدداً معطوفاً بالواو زيد عليه ما جرت العادة به إلى ما لا يتناهى. ولو قال كذا كذا درهماً وديناراً فعليه أحد عشر منهما بالسوية، لأنه ذكر عدداً مبهماً وأشرك فيه جنسين **فيلزمه النصف من كل واحد منهما**، بخلاف ما إذا قال كذا كذا درهماً، وكذا كذا ديناراً حيث يلزمه من كل واحد منهما أحد عشر، لأنه أضاف كل واحد من العددين إلى كل واحد من المالين، وعلى هذا في المفسر فإنه إذا قال عليّ أحد عشر درهماً وديناراً لزمه من كل واحد منهما النصف. ولو قال عليّ أحد عشر درهماً وأحد عشر ديناراً يلزمه من كل واحد منهما أحد عشر، والأصل فيه أنه متى ذكر مقداراً وأضافه إلى صنفين من المال يجب نصف كل واحد منهما كما إذا أقر لرجلين ينقسم عليهما نصفين مثاله إذا قال: عليّ

والزيادة تقف على بيانه اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**كذا وكذا أحد وعشرون**) والزيادة موقوفة على بيانه اهـ إتقاني. **قوله**: (**من غير حرف عطف بينهما أحد عشر**) أي وأكثره تسعة عشر فإنه يقال أحد عشر درهماً إلى تسعة عشر إلا أن الأقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه اهـ إتقاني. **قوله**: (**وبحرف عطف بينهما أحد وعشرون**) قال الإتقاني: وإن قال كذا وكذا فقد ذكر عددين مبهمين معطوفاً أحدهما على الآخر بواو العطف وذكر عقيبهما درهماً بالنصب فيجعل عبارة عن عددين مصرحين بينهما واو العطف يستقيم ذكر الدرهم عقيبهما بالنصب وأقل ذلك أحد وعشرون وأكثره تسعة وتسعون إلا أن الأقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه ولا يجوز أن يجعل كذا عبارة عن الدرهم الواحد، لأن الدرهم عقيب الواحد لا يذكر بالنصب وإنما يذكر بالرفع فيقال واحد درهم أو درهم واحد اهـ **قوله**: (**فيلزمه النصف من كل واحد منهما**) قال الإتقاني: ولو قال عليّ: كذا كذا ديناراً ودرهماً كان عليه أحد عشر منهما جميعاً لأنه أقر بعددين من جنسين فوجبا منهما جميعاً وكيف يقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير إلا أنا نقول لو فعلنا ذلك أدّى إلى الكسر وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فصرفناه إليها احتياطاً كذا ذكر علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي اهـ وهو مخالف لقول الشارح فعليه أحد عشر منهما بالسوية والله الموفق اهـ وفي فتاوى قاضيخان ولو قال كذا كذا ديناراً ودرهماً لزمه من كل واحد نصف أحد عشر اهـ **قوله**

مائة مثقال ذهب وفضة أو كرّ حنطة وشعير يجب عليه نصف كل واحد منهما، ولو قال: لفلان عليّ عشرة دراهم ونيف فالبيان في النيف إليه، فإن فسره بأقل من درهم جاز، لأن النيف عبارة عن الزيادة يقال جبل منيف إذا كان زائداً على الجبال، ولو قال: عليّ بضعة وعشرون درهماً لزمه ثلاثة وعشرون، لأن البضعة أوتار العشرة ثلاثة وخمسة وسبعة وتسعة، فيلزمه الأقل للتيقن به.

قال رحمه الله: (**عليّ وقبلي إقرار بالدين**) لأن كلمة عليّ للوجوب واشتقاقها من العلوّ وإنما يعلوه إذا كان ديناً في ذمّته بحيث لا يجد بُدّاً من قضائه ليخرج عنه، وكلمة قبل تنبئ عن الضمان، يقال قبل فلان عن فلان أي ضمن وسمي الكفيل قبيلاً لأنه ضامنٌ وسمي الصك الذي هو حجة الدين **قبالة**، لأنه يحفظه كالضامن، ولو قال المقر فيهما: أردتُ به وديعة ووصل صدق لأنهما ينبئان عن الوجوب والحفظ واجب على المودع والمال محله فجاز ذكر المحل **وإرادة الحالّ** مجازاً ولكنه خلاف الظاهر، فلا ينصرف إليه عند الإطلاق، ويجوز تفسيره به متصلاً لأنه يحتمله مجازاً، ولا يجوز منفصلاً لأنه تقرر حكمه بالسكوت، فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط، وفي بعض نسخ مختصر القدوري في قوله: قبلي أنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ يتناولهما، يقال ليس لي قبل فلان دين وليس لي قبل فلان وديعة، وكذا إذا قال ليس لي قبل فلان حق يكون إبراء عن الدين والأمانة جميعاً، وهذا لأن حقيقتها عبارة عن الجهة فيتناولهما والأمانة أدناهما فيحمل عليه. الأول هو المذكور في المبسوط وهو الأصح، **لأن استعماله في الديون أغلب**.

في المتن: (**عليّ وقبلي إقرار إلخ**) قال الإتقاني: أما قوله عليّ فإنما كان إقراراً بالدين بسبيل الاقتضاء إن لم يذكر الدين صريحاً لأن كلمة عليّ تستعمل في الإيجاب، قال الله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت﴾ [آل عمران: ٩٧] ومحل الإيجاب الذمة والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقراً بالدين مقتضى قوله عليّ والثابت اقتضاء كالثابت نصاً ولو نص فقال لفلان عليّ ألف درهم دين كان مقراً بالدين لا بالعين فكذلك هذا اهـ **قوله**: (**قبالة**) قال في المصباح: وتقبلت العمل من صاحبه إذا التزمته بعقد والقبالة بالفتح اسم المكتوب من ذلك لما يلتزمه الإنسان من عمل ودين وغير ذلك قال الزمخشري: كل من تقبل بشيء مقاطعة وكتب عليه بذلك كتاباً، فالكتاب الذي يكتب هو القبالة بالفتح والعمل قبالة بالكسر لأنه صناعة اهـ **قوله**: (**وإرادة الحال**) إلى هنا آخر الخرم الذي في نسخة الشارح التي تقدم ذكرها في باب دعوى النسب عند قوله الشارح بخلاف ما إذا كان الولد إلخ، وقد نبهنا عليه في هذا المجرد في محله. **قوله**: (**لأن استعماله في الديون أغلب**) قال الإتقاني: ولأن قوله قبلي وإن كان يستعمل في الإيجابات والأمانات، ولهذا يقال لفلان قبلي وديعة

قال رحمه الله: (عندي معي في بيتي في صندوقي في كيسي أمانة) لأن هذه المواضع محل للعين لا للدين، إذ الدين محله الذمّة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة، والأمانة أدناهما فيحمل عليها للتيقن به، وهذا لأن كلمة عند للقرب ومع للقران، وما عداهما لمكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل/ [٤٥/١ د] الدين لاستحالة كونه في هذه الأماكن، فإذا كانت من خصائص العين تعينت الأمانة لما ذكرنا، ولأن هذه الكلمات في العرف والعادة تستعمل في الأمانات ومطلق الكلام يحمل على العرف.

قال رحمه الله: (لو قال لي عليك ألف فقال **اتزنه أو انتقده** أو أجلني به أو قضيتكه أو أحلتك به فهو إقرار وبلا كناية لا) لأن الهاء كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك فصار كأنه أعاد المدعى فيكون إقراراً بها، بخلاف ما إذا لم يكن فيه ضمير الألف لأنه لا دليل على انصرافه إلى المذكور فيكون كلاماً مبتدأ، فلا يلزمه شيء وهو المراد بقوله: وبلا كناية لا والأصل فيه أن الجواب ينتظم إعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جواباً ولا يصلح ابتداء يجعل جواباً، وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما، فإنه يجعل ابتداء لوقوع الشك في كونه جواباً لئلا يلزمه المال بالشك، فإن ذكر هاء الكناية يصلح جواباً لا ابتداء، وإذا لم يذكر الهاء لا يصلح جواباً أو يصلح ابتداء وجواباً فلا يكون إقراراً بالشك، هذا إذا كان الجواب مستقلاً وإن كان غير مستقل كقوله نعم، يكون إقراراً مطلقاً لأنه غير مستقل، وقد أخرجه جواباً وهو صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه، ولو ادّعى أنه أبرأه

وقبلي أمانة غلب استعماله في الإيجابات والمطلق من الكلام ينصرف إلى ما هو الغالب في الاستعمال كالدراهم المطلقة تنصرف إلى نقد البلد اهـ (فرع) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الإقرار بألفاظ مختلفة: وإن قال له في مالي مائة درهم أو قال في دراهمي هذه مائة درهم، فهذا إقرار بالشركة لأنه إذا اختلط ماله بماله كان شريكاً له فيه. **قوله في المتن: (اتزنه أو انتقده)** وقال الشافعي وأحمد: في قوله اتزن وانتقد لا يكون إقراراً بالهاء وغيره وبه قال بعض أصحاب مالك لأنه لم يوجد منه حقيقة التزام، وقد يوجد مثل ذلك ممن يستهزئ ويبالغ في الجحود فلا يكون إقراراً بالشك وعن بعض أصحاب الشافعي إذا كان بحرف الكناية يكون إقراراً كقولنا، وقال سحنون[1] المالكي: يكون إقراراً في الوجهين إلا إذا قال اتزن أو اتزنها ما أبعدك من ذلك

---

(١) هو الإمام العلامة فقيه المغرب أبو سعيد، عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة بن عبد الله التنوخي، الحمصي الأصل المغربي القرواني المالكي، صاحب المدوّنة، توفي سنة (٢٤٣هـ)، انظر سير أعلام النبلاء (١٢/ ٦٣).

منها أو تصدق عليه بها أو وهبه إياها كان إقراراً لأن هذه الأشياء تتلو الوجوب. فيكون إقراراً بها وكذا دعوى الإحالة بها يكون إقراراً، وكذا لو قال: واللّه لا أقضيكها أولاً أزنها لك اليوم لأنه نفي القضاء والوزن في وقت معين وذلك لا يكون إلا بعد وجوب أصل المال عليه، وأما إذا لم يكن أصل المال واجباً عليه فالقضاء يكون منتفياً أبداً، ولو قال رجل لآخر: أعطني ثوب عبدي هذا فقال: نعم، كان إقراراً منه بالعبد والثوب له، وكذا لو قال: افتح باب داري هذه أو جصص داري هذه أو أسرج دابتي هذه أو **أعطني سرجها** أو لجامها، فقال: نعم، كان ذلك كله إقراراً منه لما بينا أن كلمة نعم لا تستقل فلا بدّ من حمله على الجواب كيلا يصير لغواً. ولو قيل له: هل لفلان عليك كذا فأومأ برأسه بنعم لا يكون إقراراً، لأن الإشارة من الأخرس قائمة مقام النطق لا من غيره ذكره في الكافي.

قال رحمه اللّه: (وإن أقرّ بدين مؤجل وادّعى المقر له أنه حال **لزمه حالاً**) لأنه أقر بحق على نفسه وادّعى حقاً على المقر له فإقراره حجة في حقه ولا تقبل دعواه بغير حجة كما إذا أقرّ بعبدٍ في يده لرجل وأنه استأجره منه فإنه يقبل إقراره به له ولا تسمع دعواه إلا بحجة بخلاف ما إذا أقر بالدراهم السود فصدّقه المقر له في الأصل وكذبه في الصفة حيث يلزمه السود ولا يقبل قول المقر له فيه، لأن السود نوع من الدراهم، فالقول قول المقر في النوع والأجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط، فالقول قول المنكر في العوارض وبخلاف إقرار الكفيل بالدين المؤجل، حيث يكون القول قوله في الأجل دون المقر له لأن الأجل في الكفالة نوع حيث يثبت فيها من غير شرط بأن كفل ديناً مؤجلاً وقد ذكرنا المسألة في الكفالة وخلاف أبي يوسف والشافعي فيها.

قال رحمه اللّه: (وحلف المقر له على الأجل) لأنه المنكر للأجل.

قال رحمه اللّه: (عليّ مائة ودرهم فهي دراهم ومائة وثوب يفسر المائة) يعني يرجع إليه في تفسير المائة. (وكذا مائة وثوبان بخلاف مائة وثلاثة أثواب) **حيث تكون الأثواب تفسيراً** للمائة أيضاً والقياس أن يرجع في تفسير المائة إليه في قوله مائة

اهـ كاكي. **قوله:** (**أو أعطني سرجها إلخ**) ولو قال لا في جميع ذلك يكون إقراراً أيضاً وفي بعض نسخ كتاب الإقرار لا يكون إقراراً بذكر لا أمّا لو قال لا أعطيك اليوم أو أبداً فهو إقرار لأنه ذكره بالكناية فكأنه قال: لا أعطيك سرج بغلك اليوم أو أبداً ولو صرح بهذا كان إقراراً فكذا في الكناية اهـ من خط قارئ الهداية. **قوله:** (**لزمه حالاً**) أما لو صدقه المقر له في التأجيل أيضاً لكنه ادّعى مضي الأجل وأنكره المقر كان القول للمقر لأنه منكر حلول الدين واستحقاقه عليه اهـ شرح تكملة في البيوع. **قوله:** (**حيث تكون الأثواب تفسيراً إلخ**)

ودرهم كما في قوله مائة وثوب أو مائة وثوبان وهو قول الشافعي رحمه اللّه لأنه عطف مفسراً/ على مبهم في الفصلين والمعطوف غير المعطوف عليه ولم يوضع [٤٥ ب/٣] للبيان فبقيت المائة على إبهامها كما في عطف الثوب عليها وجه الاستحسان أن عطف الموزون والمكيل على عدد مبهم يكون بياناً للمبهم عادة، لأن الناس استثقلوا تكرار التفسير عند كثرة الاستعمال وذلك فيما يجري فيه التعامل وهو ما يثبت في الذمة، وهو المكيل والموزون واكتفوا بذكره مرة لكثرة أسبابه ودورانه في الكلام بخلاف الثياب وغيره مما ليس من المقدّرات، لأنها لا يكثر التعامل بها **لعدم ثبوتها في الذمّة في جميع المعاملات**، فلم يستثقلوا ذكرها لقلة دورانها في الكلام والاكتفاء بالثاني للكثرة ولم توجد فبقي على القياس بخلاف قوله مائة وثلاثة أثواب حيث تكون الأثواب تفسيراً للمائة أيضاً، ويستوي فيه المقدّرات وغيرها، لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً فينصرف إليهما فيكون بياناً لهما وهذا بالإجماع لأن عادتهم جرت بذلك، ألا ترى أنهم يقولون أحد وعشرون ثوباً وثلاثة وخمسون درهماً فينصرف التفسير إليهما لاستوائهما في الحاجة إليه. وفي النهاية روى ابن سماعة عن أبي يوسف في قوله: مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذا في قوله: مائة وشاة ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فإنهم لا يقسمون قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة تتحقق في أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيراً للمبهم وهذا ليس بظاهر، فإن عندهما تقسم العبيد كالغنم ولا يقسمون عند أبي حنيفة رحمه اللّه. **ولو قال لفلان عليّ نصف درهم** ودينار وثوب

اعلم أنه إذا قال مائة ودينار أو قال مائة ودرهم أو مائة وقفيز حنطة أو مائة وفلس أو مائة ومَنّ زعفران فالقياس أن يلزمه المعطوف ويرجع في بيان المعطوف عليه إلى المقر وبالقياس أخذ الشافعي ولكن استحسن علماؤنا في المكيل والموزون والعددي المتقارب وجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف كذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه وصاحب الأسرار، وإن قال: له عليّ مائة وثوب أو مائة وشاة أو مائة وعبد يلزمه المعطوف والمرجع في بيان المعطوف عليه إليه بالاتفاق، ولو قال: مائة وثلاثة دراهم أو قال وثلاث شياه أو وثلاثة أثواب يكون البيان في المعطوف بياناً في المعطوف عليه بالاتفاق والحكم في قوله مائة وثوبان مثله في قوله مائة وثوب، وإن قال ثوبان لا رواية فيه كذا في مختصر الأسرار اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله**: (**لعدم ثبوتها في الذمة في جميع المعاملات**) أي فإنها لا تثبت في الذمة إلا في السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقي على الحقيقة اهـ **قوله**: (**ولو قال لفلان عليّ نصف درهم إلخ**) أي ولو قال له عليّ كرّ مَن حنطة وشعير وسمسم كان من كل واحد منهنّ الثلث لأنه فسر الكل الواجب بهذه الأجناس الثلاثة فيقضي الإبهام بالسوية اهـ

فعليه نصف كل واحد منها، وكذا لو قال نصف هذا العبد ونصف هذه الجارية، لأن الكلام كله وقع على شيء بغير عينه [أو بعينه][(١)] فينصرف النصف إلى الكل كأنه، قال: عليّ نصف هذا ونصف هذا إلخ، بخلاف ما إذا كان بعضه معيناً وبعضه غير معين بأن قال نصف هذا الدينار ودرهم حيث يجب [عليه نصف الدينار ويجب][(١)] الدرهم كله. ولو قال عشرة دراهم ودانق وقيراط فهو من الفضة لأن الاكتفاء بالتفسير الأول شائع عندهم. قال اللّه تعالى: ﴿ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعاً﴾ [الكهف: ٢٥] يعني من السنين.

قال رحمه الله: **(لو أقرّ بتمر في قوصرّة لزماه)** يعني التمر والقوصرة وفسر في الأصل بقوله غصبت تمراً في قوصرة ووجهه أنه أقر بغصب تمر حال كونه مظروفاً ولا يتصوّر ذلك بدون ظرفه فلزماه بخلاف ما إذا قال غصبت تمراً من قوصرة، **لأن كلمة من للانتزاع فيكون مقراً بالمنزوع، وعلى هذا الطعام في الجوالق أو في السفينة.**

إتقاني. **قوله في المتن: (لو أقر بتمر في قوصرّة)** القوصرة وعاء التمر منسوج من قصب قال صاحب الجمهرة: أما القوصرة فأحسبها دخيلاً وقد روي:

أفلح من كانت له قوصرّه يأكل منها كل يوم مره

ثم قال: ولا أدري صحة هذا البيت اهـ إتقاني. **قوله: (لزماه)** أي لأن الإقرار إخبار والإقرار بالغصب إخبار عن نقله إذ الغصب نقل ونقل المظروف لا يتصور حال كونه مظروفاً إلا بنقل الظرف فصار إقراراً بغصبهما ضرورة كذا في كتب أصحابنا وفيه نوع تأمل اهـ كاكي. **قوله: (لأن كلمة من للانتزاع)** أي لابتداء الغاية فيكون إقراراً بأن مبدأ الغصب من قوصرة اهـ كاكي. **قوله: (فيكون مقراً بالمنزوع)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: ولو قال غصبتك كذا وكذا أو كذا مع كذا أو كذا بكذا أو كذا عليه كذا لزماه جميعاً لأن هذه الألفاظ تقتضي إلصاق أحدهما بالآخر وضمه إليه فيرد عليهما الغصب دفعة واحد. ولو قال كذا من كذا أو كذا على كذا لزمه الأول فقط لأنه يقتضي الانفصال والتمييز لا الجمع بينهما في حق ورود الغصب عليهما اهـ إتقاني. في المبسوط الأصل في جنس هذه المسائل أنه إن كان الثاني ظرفاً للأول ووعاء له لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وتمر في قوصرة وإن كان الثاني مما لا يكون وعاء للأول نحو غصبتك درهماً في درهم لم يلزمه الثاني لأنه غير صالح للظر فية اهـ كاكي. **قوله: (وعلى هذا الطعام في الجوالق)** كما إذا قال غصبت الطعام في الجوالق اهـ **قوله: (أو في السفينة)** حيث يلزمه الظرف والمظروف اهـ إتقاني. وقال الإتقاني: ولو قال غصبتك كذا في كذا والثاني مما يكون وعاء للأول لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وما أشبه ذلك

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

قال رحمه اللّه: (وبدابة في اصطبل لزمته الدابة فقط) لأن غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد رحمه اللّه يضمنهما، **وعلى هذا الطعام في البيت** والأصل في جنس هذه المسائل أن الظرف إن أمكن أن يجعل ظرفاً حقيقة ينظر فإن أمكن نقله لزماه، وإن لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول. ولو ادّعى أنه لم ينقل المظروف لا يصدّق لأنه أقرّ بغصب تامّ إذ هو مطلق فيحمل على الكمال، وعند محمد رحمه اللّه لزماه جميعاً لأن غصب غير المنقول متصوّر عنده، وإن لم يمكن أن يجعل ظرفاً حقيقة لم يلزمه إلا الأول كقوله درهم في [درهم][1] ولم يلزمه الثاني لأنه لا يصلح أن يكون ظرفاً له.

قال رحمه اللّه: (**وبخاتم له الحلقة والفص**) لأن الاسم يشملهما.

قال رحمه اللّه: (**وبسيف له النصل** والجفن / والحمائل) لأن اسم السيف ينطلق على الكل النصل حديدته والجفن غمده والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهي علاقته. [٤٦، ٢/١]

قال رحمه اللّه: (وبحجلة له العيدان والكسوة) لأن الاسم يطلق على هذه الجملة المعتبرة في الباب والحجلة بيت مزين بالثياب والأسرّة والعيدان جمع عود **كالديدان في جمع دود**.

لأنه مظروفه في حال ورود الغصب عليه فيرد على ظرفه ضرورة اهـ **قوله: (وعلى هذا الطعام في البيت)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: ولو قال غصبتك مائة كرّ حنطة في بيت ضمن الطعام والبيت في قول محمد لأنه يرى الغصب في البيت. وأبو حنيفة وأبو يوسف لا يريانه فيضمن الطعام لا غير. ولو قال غصبتك البيت بالطعام ولم أحوّله لم يصدق وأخذ بهما جميعاً في قول محمد لأنه أقر بالغصب في الحنطة وذلك لا يكون إلا بالنقل، فإذا قال لم أحول الطعام فقد أنكر بعد ما أقر فلا يصدق اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وبخاتم له الحلقة والفص)** ولا نعلم فيه خلافاً وكذا لو أقر بدار أو أرض لرجل يدخل البناء والأشجار إذا كانا فيهما حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك أن البناء والأشجار لي وكذا لو قال: الفص لي لم يصدق ولم تقبل بينته كذا نقلته من خط العلامة قارئ الهداية. **قوله: (لأن الاسم يشملهما)** ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية فإذا تناولهما الاسم لزماه جميعاً بالإقرار اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وبسيف له النصل إلخ)** قال في الذخيرة: ولو قال هذا الخاتم لي وفصه لك، هذا السيف لي وحليته لك، هذه الجبة لي وبطانتها لك، وقال المقر له الكل لي فالقول للمقر وبعد ذلك ينظر إن لم يكن في نزع المقر به ضرر يؤمر المقر بالنزع والدفع إلى المقر له وإن كان في النزع ضرر فواجب على

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

قال رحمه الله: (**وبثوب في منديل** أو في ثوب لزماه) لأنه ظرف له وهو ممكن حقيقة فيدخل فيه على ما بينا بخلاف ما إذا قال غصبت إكافاً على حمار حيث يلزمه الإكاف خاصة دون الحمار لأن الحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضياً غصب المحل كذا ذكره في النهاية معزياً إلى المبسوط.

قال رحمه الله: (وبثوب في عشرة له ثوب) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله: عليه أحد عشر ثوباً لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة فأمكن جعله ظرفاً كقوله حنطة في جوالق أو يحمل كلامه على التقديم والتأخير فيصير كأنه قال عشرة أثواب في ثوب لأبي يوسف رحمه الله وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولاً أن العشرة **لا تكون ظرفاً لثوب واحد عادة** والممتنع عادة كالممتنع حقيقة إذ التعويل عليها، ولأن الثوب إذا لُفَّ في ثياب كان كل واحد منها مظروفاً في حق ما وراءه، فلا يكون ظرفاً إلا الثوب الذي هو ظاهر فلا يتحقق أن يكون الكل ظرفاً لواحد فلغا آخر كلامه. وحمله على التقديم والتأخير لا يمكن، لأن فيه احتيالاً لإيجاب المال مع الاحتمال، لأن في قد تكون بمعنى البين. قال الله تعالى: ﴿**فادخلي في عبادي**﴾ [الفجر: ٢٩] **أي بين عبادي** فلا يجب بالشك وقوله النفيس من

المقر أن يعطيه قيمة ما أقر به اهـ **قوله**: (**كالديدان في جمع دود**) قال في الصحاح: الدود جمع دودة وجمع الدود: ديدان اهـ **قوله في المتن**: (**وبثوب في منديل**) قال شيخ الإسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه: ولو أقر أنه غصب ثوباً في منديل كان مقراً بالثوب والمنديل ويرجع في البيان إليه لأن كلمة في للظرف يقال جعلت الدرة في الحقة والحنطة في الجوالق وقد أمكن العمل بحقيقته على توافق العادة الجارية فيما بين الناس، لأنه في غالب العادة يجعل المنديل ظرفاً للثوب وإذا أمكن العمل بحقيقته وجب اعتباره، فإذا وجب اعتباره فهذا أقر بثوب مظروف في منديل ولا يتصوّر غصب ثوب مظروف في منديل إلا بغصب الثوب والمنديل جميعاً، فإنه متى غصب الثوب دون المنديل لا يكون غاصباً لثوب مظروف في المنديل فصار مقراً بغصب ثوب ومنديل إلا أنه لم يعين الثوب والمنديل فيرجع في البيان إليه وكذلك لو قال: غصبتك عشرة أثواب في عيبة كان مقراً بغصب عشرة أثواب وعيبة فيرجع في البيان إليه لما ذكرنا في غصب الثوب والمنديل اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأنه**) أي كلمة في حقيقتها للظرف وقد أمكن العمل بالحقيقة فلا يصار إلى المجاز وذلك لأنه اهـ إتقاني. **قوله**: (**لا تكون ظرفاً لثوب واحد عادة**) أي فتترك الحقيقة بدلالة العادة وتحمل كلمة في على المجاز ويجعل بمعنى البين والوسط كما في قوله تعالى: ﴿فادخلي في عبادي﴾ [الفجر: ٢٩]، فيصير كأنه قال غصبت ثوباً من وسط

الثياب قد يُلَفُّ في عشرة أثواب **منقوض** بما إذا قال غصبت منه كرباساً في عشرة أثواب حرير، فإنه يلزمه الكل عنده مع أنه ممتنع عرفاً.

قال رحمه الله: (وبخمسة في خمسة وعنى الضرب خمسة) **وقال زفر** رحمه الله: **عليه عشرة**. وقال الحسن بن زياد: عليه خمسة وعشرون لعرف الحساب لأنهم يريدون به ارتفاع أحد العددين بقدر العدد الآخر، ولزفر أن حرف في تستعمل بمعنى مع قال الله تعالى: ﴿فادخلي في عبادي﴾ [الفجر:٢٩] أي معهم وهو الفاشي بين الكافة. وإنما يراد به ارتفاع أحد العددين بقدر الآخر عند الخواص من الناس وهم الحساب وهذا لأن حقيقة في أن تكون للظرف **ولا يتصوّر أن تكون الدراهم [ظرفاً للدراهم]**(١) فتعين المجاز المتعارف بين الناس وبين اللفظين اتصال من حيث أن كل

عشرة أثواب فلا يلزمه إلا واحد اهـ إتقاني. **قوله: (﴿فادخلي في عبادي﴾) أي بين عبادي)** سيأتي في كلام الشارح عند قوله في المتن وبخمسة في خمسة أن في الآية بمعنى مع اهـ **قوله: (منقوض)** مثل هذا على عادة الفقهاء، لأن النقض حقيقة يكون بتخلف الحكم مع وجود العلة اهـ من خط الشارح رحمه الله. **قوله: (وقال زفر عليه عشرة)** قال الإتقاني: قال صاحب الهداية: وقال الحسن: يلزمه خمسة وعشرون أراد به الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة ومذهب زفر مثل قول الحسن كذا في التقريب اهـ وقال في المجمع: أو بخمسة في خمسة بمعنى مع لزمته عشرة وإن أراد الحساب ألزمناه بخمسة لا بخمسة وعشرين اهـ وهو كما ترى مخالف لما نقله الشارح عن زفر فلعل عن زفر روايتين والله أعلم اهـ **قوله: (ولا يتصور أن تكون الدراهم ظرفاً للدراهم)** قال الشيخ الإمام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي في باب الإقرار بألفاظ مختلفة: قال أبو حنيفة: إذا قال لفلان عليّ عشرة دراهم في عشرة دراهم فعليه العشرة الأولى، لأن كلمة في تستعمل للظرف والعشرة لا تصلح ظرفاً لعشرة أخرى فلغا قوله في عشرة وبقي قوله لفلان عليّ عشرة وكذلك لو قال في عشرة دنانير إلا أن يقول عنيت هذه وهذه لأن كلمة في تذكر ويراد بها مع، قال الله تعالى: ﴿فادخلي في عبادي﴾ [الفجر: ٢٩]، أي مع عبادي، ولكنها خلاف الظاهر فلا ينصرف إليها إلا بالنية. ولو قال: عليّ درهم في قفيز حنطة لزمه الدرهم والقفيز باطل، لأن القفيز وإن صلح ظرفاً للدراهم لكنه التزم المظروف دون الظرف فلا يلزمه الظرف، وبيانه ما قال خواهر زاده: أنه أقر بدرهم في الذمة وما في الذمة لا يتصور أن يكون مظروفاً في شيء آخر ولو قال له: عليّ قفيز حنطة في درهم لزمه القفيز وبطل الدرهم، لأن الدرهم لا يصلح ظرفاً له وكذا لو قال له: عليّ فرق زيت في عشرة مخاتيم حنطة لزمه الزيت والحنطة باطل، لأنها لا تصلح ظرفاً كذا في شرح الكافي اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: قال في شرح الكافي: لو قال له عليّ درهم مع درهم أو معه درهم لزمه درهمان، لأن كلمة مع للجمع فصار كأنه قال له عليّ درهمان، وكذلك لو قال قبله درهم أو بعده درهم، لأنه إخبار عن حالة الوجوب

واحد منهما للجمع فصحت الاستعارة. قلنا: لما تعذرت الحقيقة **وهي الظرفية** لغا، ولا يصار إلى المجاز، لأن المجاز متعارض لأنها تستعمل بمعنى الواو لاتصال بينهما من حيث أن كل واحد منهما للجمع، وبمعنى مع على ما بينا، وبمعنى على قال اللّه تعالى حكاية عن فرعون: ﴿لأصلبنّكم في جذوع النخل﴾ [طه: ٧١]، أي على جذوع النخل، وإذا كانت بمعنى على لا تقتضي وجوب الثاني على ما بينا من قبل وليس حملها على البعض أولى من البعض فلغت لما ذكرنا أن الظرفية إذا تعذرت تلغو، فصار كما إذا قال: عليّ درهم في درهم إذ لا فرق بينه وبين قوله على خمسة دراهم في خمسة دراهم لأن الموجب للإلغاء فيه هو تعذر الظرفية وهما فيه سواء وما ذكر الحسن لا يستقيم في الموزون، وإنما ذلك في الممسوح على أن الارتفاع الذي ذكره يراد به تكثير الأجزاء لا تكثير الأعداد صحيحة وتكثير الأجزاء لا يوجب تكثير العدد وهو المتعارف عند الحساب.

قال رحمه اللّه: (**وعشرة إن عنى مع**) أي يلزمه عشرة إن أراد به معنى مع لأن اللفظ وهو حرف في يحتمله مجازاً على ما بينا، فإذا/ [٤٦ ب/٣] نوى محتمل كلامه صحت نيته **لا سيما إذا كان فيه تشديد على نفسه** على ما عرف في موضعه.

قال رحمه اللّه: (له عليّ من درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشرة له تسعة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: يلزمه العشرة كلها، وقال زفر رحمه اللّه: يلزمه ثمانية. وهو القياس لأنه جعل الدرهم الأوّل والآخر حداً، والحد لا يدخل

فقد أقر بوجوب درهم آخر سابقاً عليه أو متأخراً عنه فيؤخذ به، وإن قال درهم فدرهم أو درهم ودرهم لزماه جميعاً، لأنها تقتضي الجمع والمقارنة في الوجوب. ولو قال له عليّ درهم درهم لزمه درهم واحد فرق بين هذا وبين ما إذا قال لامرأته أنت طالق طالق حيث يقع ثنتان، لأن الإقرار إخبار فيجعل الثاني مؤكداً للأول والطلاق إنشاء والتأكيد لا يدخل في الإنشاء فكان الثاني غير الأول، فاقتضى وقوع طلاق آخر ولو قال له عليّ درهم بدرهم لزمه درهم لأن الباء للبدلية يعني عوضه درهم فقد أخبر أن الوجوب كان بطريق المعاوضة، وكذلك لو قال له: عليّ درهم على درهم، لأنه وصف الأول بالوجوب والثاني بكونه موضعاً له فلا يتصف الثاني بالوجوب فيلزمه درهم واحد. ولو قال له: عليّ درهم ثم درهمان لزمه ثلاثة دراهم لأنه أقر بوجوب الدرهم سابقاً على وجوب الدرهمين فيلزمه ثلاثة دراهم اهـ إتقاني. **قوله**: (**وهي الظرفية**) أي لأن الدراهم لا تصلح أن تكون ظرفاً اهـ **قوله في المتن**: (**وعشرة إن عنى مع**) أي بلا خلاف وبه قال الشافعي وأحمد، ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط إذا أراد بفي معنى على ما حكمه عندنا ولكن ذكر في الذخيرة يلزمه عشرة وبه قال الشافعي ومالك اهـ كاكي. **قوله**: (**لا سيما إذا كان فيه تشديد على نفسه**) أي لأن ذاك

في المحدود **فلا تدخل الغايتان** فصار كما إذا قال: لفلان من هذا الحائط إلى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين فإن الحائطين لا يدخلان في الإقرار فكذا هذا، ولأبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه أن الغاية لا بد أن تكون موجودة إذ المعدوم لا يصلح أن يكون حداً للموجود، ووجوده بوجوبه فتدخل الغايتان بخلاف ما ذكر من المحسوس لأنه موجود فيصلح حداً فلا يدخلان. وله أن الغاية لا تدخل في المغيا لأن الحدّ غير المحدود فهذا هو الأصل كما قال زفر، لكن هنا لا بد من إدخال الغاية الأولى، لأن الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الأوّل إذ لا يعقل ثان بدون الأول فدخلت الغاية الأولى ضرورة ولا ضرورة في إدخال الثانية فأخذنا فيها بالقياس فلا تدخل، ولأن العدد يقتضي ابتداء فإذا أخرجنا الأول من أن يكون ابتداء صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو أيضاً من أن يكون ابتداء كالأول وكذا الثالث والرابع إلى آخره، فيؤدي إلى خروج الكل من أن يكون واجباً فكان باطلاً، **ولو قال عليّ لفلان كرّ حنطة** إلى كرّ شعير فعليه عند أبي حنيفة رحمه اللّه كرّ حنطة وكرّ شعير، إلا قفيزاً، لأن القفيز الآخر من الشعير هو الغاية الثانية، وعندهما يلزمه الكرّان، ولو قال له عليّ عشرة دراهم إلى عشرة دنانير فعند أبي حنيفة رحمه اللّه يلزمه الدراهم وتسعة دنانير، وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير ذكر المسألتين في النهاية.

قال رحمه اللّه: (له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط له ما بينهما فقط) لما ذكرنا أن الغاية لا تدخل في المغيا.

قال رحمه اللّه: (وصح الإقرار بالحمل **وللحمل إن بيّن سبباً صالحاً** وإلا فلا) وقوله: إن بيّن سبباً يتعلق بالإقرار للحمل لأن الإقرار للحمل هو الذي يشترط فيه بيان السبب الصالح لأنه إن بيّن فيه سبباً صالحاً بأن قال: مات أبوه فورثه أو أوصى له به فلان يجوز وإلا فلا، وهذا عند أبي يوسف، وعند محمد رحمه اللّه تجوز الوصية له

يصدق في القضاء أيضاً اهـ من خط الشارح. **قوله**: (**فلا تدخل الغايتان**) وعلى هذا الخلاف إذا قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث فعند أبي حنيفة يقع ثنتان وعندهما يقع الثلاث وعند زفر يقع واحدة اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو قال عليّ لفلان كر حنطة إلخ**) قال القدوري في التقريب: قال أبو حنيفة فيمن قال: لفلان عليّ ما بين كرّ شعير إلى كرّ حنطة لزمه كرّ شعير وكرّ حنطة إلا قفيزاً ولم يجعل الغاية جميع الكرّ، لأن العادة أن الغاية لا تكون أكثر الشيء ولا نصفه والكرّ عبارة عن جملة من القفزان فوجب أن يصير الانتهاء إلى واحد منها. ثم قال وحُكي عن أبي الحسن أنه قال: لو قال له عليّ من درهم إلى دينار لم يلزمه الدينار وهذا يوجب أن الغاية أكثر الشيء اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وللحمل إن بيّن سبباً صالحاً إلخ**) كما إذا قال لما في بطن فلانة عليّ من جهة وصية أوصى بها له فلان بعينها أو ميراث

وإن لم يبين السبب، وأما الإقرار بالحمل فجائز بالإجماع وإن لم يبين السبب لمحمد رحمه الله في الخلافية أن الإقرار حجة موجبة **فيجب إعماله ما أمكن**، وقد أمكن حمله على السبب الصالح لأنه يمكن أنه ورثه أو أوصى له به فلا يصار إلى الإبطال مع الإمكان فصار كإقرار العبد المأذون له أو الصبي المأذون له في التجارة، فإنه يجوز لإمكان الجواز، وإن احتمل الفساد بأن أقر بمال ليس من التجارة ولهذا جاز إقراره بالحمل مع احتمال الفساد، ولأبي يوسف رحمه الله أن لجوازه طريقين الإرث والوصية وليس أحدهما بأولى من الآخر فيبطل كمن اشترى عبداً بألف ثم باعه وعبداً آخر معه من البائع بألف وخمسمائة، فإنه يبطل في العبد المشترى وإن أمكن جوازه بأن يجعل الألف أو أكثر حصة المشترى والباقي حصة الآخر بخلاف إقرار المأذون له في التجارة، لأن لصحته جهة واحدة وهي التجارة وبخلاف الإقرار بالحمل لأن لصحته جهة واحدة وهي الوصية على ما قالوا لأن الحمل وحده لا يملك إلا بالوصية فتعينت سبباً، ولأن مطلق الإقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة، ولهذا يجوز إقرار العبد المأذون له وينفذ إقرار أحد المتفاوضين على شريكه ولولا ذلك لما جاز ولا نفذ فصار كما إذا صرح به ولا يتصوّر البيع مع/ الجنين ولا يلي عليه أحد فيبطل، [٤٧/١ ٣] وحاصله أن للمسألة ثلاث صور إما أن يبهم الإقرار فهو على الخلاف وإما أن يبين سبباً صالحاً فيجوز بالإجماع، **وإما أن يبين سبباً غير صالح فلا يجوز** بالإجماع، ولا يقال ظاهر إقراره يقتضي الوجوب فكيف، يقدر على إبطاله ببيان سبب غير صالح والإبطال رجوع عن الإقرار وهو لا يملك الرجوع لأنا نقول: ليس برجوع وإنما هو بيان سبب

ورثها من أبيه أو غيره فاستهلكتها عليه وصار ذلك ديناً للجنين عليّ أو كان لفلان عليّ ألف درهم وأوصى بها لما في بطن فلانة ومات أو كان لأبيه أو قريب له آخر مات وتركها ميراثاً له اهـ إتقاني. **قوله**: (**فيجب إعماله ما أمكن**) أي لأن الأصل في كلام العاقل أن يصحح مهما أمكن وقد أمكن بالحمل على أنه استهلك مال الجنين فيحمل عليه اهـ إتقاني. **قوله**: (**وإما أن يبين سبباً غير صالح فلا يجوز**) أي إقراره ولا يلزمه شيء بأن قال لما في بطن فلانة: عليّ ألف درهم بالبيع أو الإجارة أو الاقتراض فإن الإقرار لم يضف إلى محله فإن الجنين ليس من أهل أن يستحق ديناً بالتجارة على أحد لأن الجنين لا يتجر ولا يتجر له، وإذا لم يكن الجنين أهلاً لاستحقاق الدين بالسبب الذي أقر به كان ما أقر به للجنين بسبب التجارة كذباً بيقين والكذب بيقين لا يتعلق به حكم فيكون وجوده بمنزلة عدمه فكان كمن أقر أنه قطع يد فلان عمداً أو خطأ ويد فلان صحيحة لا يلزمه بهذا الإقرار شيء لأنه كذب بيقين فكذلك هذا بخلاف ما لو أقر لرضيع أن له عليه ألف درهم بالبيع أو الإجارة لأن الرضيع من أهل أن يستحق الدين لهذا السبب بتجارة وليه، لأنه يتجر له إن كان لا

محتمل لأنه يحتمل أن أحداً من أوليائه بائعه عنه فيحسب أن ذلك صحيح فيقرّ به ويضيفه إلى الجنين أيضاً مجازاً كما يقال بنى فلان داراً، وإن كان الباني غيره وهم الأجراء ثم إذا صح الإقرار للحمل إنما يصح إذا جاءت به في مدة يعلم أنه كان موجوداً وقت الإقرار أو يحتمل وذلك بأن تضعه لأقل من ستة أشهر إذا كانت ذات زوج أو لأقل من سنتين من وقت الفراق إذا كانت معتدة، ثم إن ولدته حياً كان له ما أقر به، وإن ولدته ميتاً يردّ إلى ورثة الموصي **أو ورثة أبيه** وإن ولدت ولدين فإن كانا ذكرين أو أنثيين فهو بينهما نصفان وإن كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى فكذلك في الوصية، وفي الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين، وقد ذكرنا أن الإقرار بالحمل جائز بالإجماع **وإن أبهم ولم يبين السبب** وذكرنا الفرق لأبي يوسف رحمه اللّه بينه وبين الإقرار له، ثم إن كان المقرّ به حمل جارية فإنما يستحقه المقر له إذا علم وجوده وقت الإقرار أو احتمل ذلك على الوجه الذي بينا، وإن كان حمل بهائم يقدّر بأدنى مدة يتصوّر ذلك عند أهل الخبرة على ما جرت به عادتهم.

قال رحمه اللّه: (وإن أقر بشرط الخيار **لزمه المال وبطل الشرط**) معناه أنه إذا قال: عليّ لفلان ألف درهم قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على

يتجر هو بنفسه، بخلاف الجنين اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله**: (**أو ورثة أبيه**) أي فيما إذا قال مات أبوه فورثه اهـ **قوله**: (**وإن أبهم ولم يبين السبب**) أي لأن له وجهاً صحيحاً بأن أوصى رجل بالحمل لآخر ومات فاقرّ وارثه بأن هذا الحمل لفلان ولا وجه لتصحيحه غيره فتعين طريق التصحيح فيصح اهـ **قوله في المتن**: (**لزمه المال وبطل الشرط**) قال الإتقاني: وتحقيقه أن الإقرار لا يحتمل الفسخ والمقصود من الإقرار هو الفسخ فلما لم يحتمل الإقرار الفسخ لم يجز شرط الخيار ولزمه المال، لأن المقصود من فسخ الإقرار فسخ المقرّ به والمقر به لا ينفسخ بفسخ الإقرار، لأن المقر به وجوب ألف درهم ووجوبه ما كان بالإقرار حتى ينفسخ بفسخ الإقرار، لأن الإقرار إخبار عما كان وليس بإيجاب مبتدأ، وإذا لم ينفسخ المقصود من فسخ الإقرار بفسخه لم يكن الإقرار محتملاً للفسخ كما في باب الطلاق والعتاق لما لم يمكن فسخ ما هو المقصود من الإعتاق والطلاق وهو ما سقط بهما لم يكونا محتملين للفسخ فكذلك هذا وأورد شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه في هذا المقام سؤالاً وجواباً، فقال: فإن قيل الإقرار مما يحتمل الفسخ بعد وقوعه، فإنه ينفسخ بردّ المقرّ له؟ فالجواب عنه: أن الردّ من المقر له ليس بفسخ للإقرار لأن الفسخ رفع الشيء بعد ثبوته وتكذيب المقر له المقر في إقراره ليس برفع الإقرار بعد ثبوته في حقه بل بيان أنه غير ثابت في حقه أصلاً لأن إقراره يحتمل الصدق والكذب، فإذا كذّبه المقر له ثبت الكذب في حقه لأنه إقرار على نفسه وإذا صح التكذيب في حقه ظهر أن الإقرار لم يكن ثابتاً من

أنه بالخيار ثلاثة أيام وإنما لزمه لأن الإقرار حجة ملزمة على ما بينا من قبل وهو إخبار عن الكائن وليس بإنشاء **والإخبار لا يقبل الخيار لأن الخيار ليتغير** به صفة العقد ويتخير من له الخيار بين فسخه وإمضائه، والخبر لا يتصوّر فيه ذلك لأنه إن كان صادقاً فهو صدق اختار أو لم يختر وإن كان كاذباً لم يتغير باختياره ولا بعدم اختياره فتعين الإلغاء، ولأن الخيار في معنى التعليق بالشرط والخبر لا يحتمل التعليق بالشرط لعدم حكمه وهو الإعدام وأما إذا قال: عليّ ألف درهم من ثمن مبيع بعته على أني بالخيار صح ويثبت الخيار إذا صدّقه المقر له أو أقام على ذلك بينة، لأن المقر به عقد يقبل الخيار فيصح إذا ثبت بحجة، وإن كذّبه المقر له لم يثبت الخيار وكان القول قول المقر له، لأنه من العوارض كالأجل والقول في العوارض قول المنكر، وإن أقر بالدين بسبب كفالة على أنه بالخيار في مدّة معلومة طويلة أو قصيرة **جاز إن صدقه المقر له، لأن الكفالة عقد** يصح فيه خيار الشرط بخلاف الصور المتقدمة لأنها أفعال لا تقبل الخيار فكذا الإقرار بها والله أعلم بالصواب.

باب الاستثناء وما في معناه

الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا عندنا، وإخراج بعد الدخول عند الشافعي رحمه الله بطريق المعارضة وهذا مشكل، فإن الاستثناء جائز في الطلاق والعتاق ولو كان إخراجاً لما صح لأنهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع وتظهر ثمرة

الأصل لا أنه انفسخ في حقه بعد وقوعه اهـ **قوله: (والإخبار لا يقبل الخيار)** أي سواء صدّقه صاحبه أو كذبه اهـ إتقاني. نقلاً عن شرح الكافي للإسبيجابي اهـ **قوله: (لأن الخيار ليتغير)** أي شرع لأن يتغير إلخ. **قوله: (جاز إن صدّقه المقر له)** أي والخيار له إلى آخر المدة اهـ إتقاني. **قوله: (لأن الكفالة تلائم اشتراط الخيار)** لأنها تحتمل من الجهالة والخطر ما لا يحتمله عقد البيع فإذا جاز اشتراطه في البيع ففي الكفالة أولى ثم قدّر الخيار في البيع بثلاثة أيام عند أبي حنيفة، ولم يقدّر الخيار في الكفالة بمدّة، لأن إطلاق الخيار ينافي حكم البيع لأن حكمه الملك المطلق وحكم الخيار منع السبب من العمل وبينهما منافاة وحكم الكفالة هاهنا لزوم الدين وأنه يصح مطلقاً ومقيداً، فلا يكون اشتراط الخيار منافياً وإن كذبه المقر له في الخيار لزمه المال ولم يصدق على شرط الخيار لأنه يدعي عليه التأخير وهو ينكر اهـ إتقاني.

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر حكم الإقرار بلا تغيير شرع في موجبه مع المغير وهو الاستثناء لأن الأصل

الخلاف فيما إذا قال: لفلان عليّ ألف درهم إلا مائة أو خمسين، فعندنا يلزمه تسعمائة لأنه لما كان تكلما بالباقي وكان مانعاً من الدخول شككنا في المُتَكَلَّمِ به والأصل فراغ الذمم، فلا يلزمه الزائد / بالشك وصار نظير ما لو قال: عليّ تسعمائة أو تسعمائة وخمسون **فإنه يلزمه الأقل** وعنده لما دخل الألف كله صار الشك في المخرج فيخرج الأقل وهو خمسون والباقي على حاله. [٤٧ ب/٣]

قال رحمه الله: (صح استثناء بعض ما أقر به متصلاً ولزمه الباقي) لما ذكرنا أنه تكلم بالباقي بعد الثنيا **وصار اسماً له** فيلزمه، كأنه تكلم بالباقي ابتداء ثم إطلاق لفظة البعض في الكتاب من غيرَ تقدير بشيء دليل على أن الأكثر جائز وهو المذهب. وقال الفراء رحمه الله: لا يجوز لأن العرب لم تتكلم به. قلنا: تكلمت به العرب وهو موجود في القرآن. قال الله تعالى: ﴿لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين﴾ [ص: ٨٢ - ٨٣]، ثم قال: ﴿إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين﴾ [الحجر: ٤٢]، فاستثنى المُخْلَصِيْنَ تارة والغاوين أخرى فأيهما كان أكثر **لزمه**. وقال الشاعر:

أدّوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكماً بالعدل حكاماً

عدم التغيير اهـ إتقاني. **قوله: (فإنه يلزمه الأقل)** قال الكاكي رحمه الله في معراج الدراية: لو قال عليّ ألف إلا مائة أو خمسين قال أبو سليمان: عليه تسعمائة وخمسون لأنه ذكر كلمة الشك في الاستثناء فيثبت أقلهما كما لو ذكر كلمة الشك في الإقرار بين الشيئين فإنه يثبت أقلهما فكذا هذا. وفي رواية أبي حفص يلزمه تسعمائة لأن الشك في الاستثناء يوجب الشك في الإقرار فكأنه قال عليّ تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فيثبت الأقل. قالوا والأول أصح لأن الشك حصل في الاستثناء ظاهراً اهـ **قوله: (وصار اسماً له إلخ)** قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه: وإذا أقر الرجل بألف درهم واستثنى فقال إلا مائة درهم فإن الاستثناء جائز وعليه تسعمائة أما جواز الاستثناء فإنه استثنى بعض ما دخل تحت اللفظ مقصوداً واستثناء بعض ما دخل تحت اللفظ مقصوداً جائز إذا كان المستثنى أقل من المستثنى منه عندهم جميعاً، فإذا صح الاستثناء صار مقراً بما وراء المستثنى وذلك تسعمائة كأنه قال لفلان عليّ تسعمائة فأما إذا قال لفلان عليّ ألف إلا تسعمائة وخمسين درهماً فإن الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهماً وهذا عندنا. وعند مالك والفراء وهو قول أبي يوسف على ما روي عنه في غير رواية الأصول لا يصح الاستثناء ويلزمه الألف، لأن المستثنى أكثر من المستثنى منه كذا ذكر خواهر زاده ووجهه أن من عادة العرب أنهم يقصدون بالاستثناء إخراج الأقل دون الأكثر. ونحن نقول: إذا عرف عمل الاستثناء لم يفترق الحال بين أن يخرج الأقل أو الأكثر اهـ إتقاني. **قوله: (لزمه)** أي لزم

استثنى تسعين من مائة وإن لم يكن بأداته لأنه في معناه وقال صاحب النهاية: ولا فرق بين استثناء الأقل والأكثر وإن لم تتكلم به العرب ولا يمنع صحته إذا كان موافقاً لطريقهم كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب وهو صحيح ثم لا فرق بين أن يكون الاستثناء مما لا يقسم أو مما يقسم حتى إذا قال: هذا العبد لفلان إلا ثلثه أو قال إلا ثلثيه صح.

قال رحمه اللّه: (لا استثناء الكل) أي **لا يصح استثناء الكل** لأن الاستثناء تكلم بالحاصل بعده ولم يبق شيء ليصير متكلماً به فيكون رجوعاً **فلا يصح** وهذا إذا كان الاستثناء بلفظ المستثنى منه مثل أن يقول: عليّ عشرة إلا عشرة أو يقول هؤلاء أحرار

الفراء اهـ **قوله: (لا يصح استثناء الكل)** أي كما إذا قال لفلان عليّ ألف درهم إلا ألفاً، قال الإتقاني: وكذا إذا استثنى أكثر من الألف لأنه لما لم يجز استثناء الألف من الألف فلأن لا يجوز استثناء الألف وزيادة أولى اهـ **قوله: (فلا يصح)** أي وحينئذ فيلزمه ما أقر به اهـ (فرع) قال الإمام محمد بن أحمد المعروف بالإسبيجابي في شرح الطحاوي: لو قال له عليّ عشرة دراهم إلا سبعة دراهم إلا خمسة دراهم إلا ثلاثة دراهم إلا درهماً فإنه ينظر إلي المستثنى الأخير وهو درهم فيستثنيه من الذي يليه وهو ثلاثة فيبقى درهمان فيستثنيهما من الذي يليهما وهو خمسة فيبقى ثلاثة ثم يستثني الباقي وهو ثلاثة من الذي يليه وهو سبعة فيبقى منها أربعة ثم يستثني الباقي وهو أربعة دراهم من الذي يليه وهو عشرة دراهم فيبقى ستة فيلزمه ذلك. وكذلك إذا دخل الاستثناء على الاستثناء على هذا القياس، وقال شيخ الإسلام علاء الدين علي بن محمد الإسبيجابي في شرح الكافي: لو قال لفلان عليّ ألف درهم ولفلان عليّ مائة درهم إلا قيراطاً كان الاستثناء من الأخير لأن الأصل في الاستثناء أن ينصرف إلى الذي يليه ولو قال لفلان عليّ ألف درهم ولفلان مائة دينار إلا درهماً من الألف كان كما قال، لأنه نص على المحل المستثنى منه فينصرف الاستثناء إليه ولو لم يبين أنه من الألف جعلته من الدنانير لأن الأصل أن ينصرف الاستثناء إلى ما يليه والذي يليه الدنانير. ولو أقر لرجل واحد فقال له: عليّ ألف درهم ومائة دينار إلا درهماً جعلت الاستثناء من الدراهم لأن الأصل أن يصرف الاستثناء إلى ما هو جنس له من كل وجه إلا عند التعذر ولا تعذر هاهنا لأن المستحق واحد وكذلك لو قال له عليّ كرّ حنطة ودرهم إلا قفيز حنطة. فإن كان الإنسان واحداً جعلت الاستثناء من نوعه استحساناً لأن الصرف إليه أولى، لأنه جنس له من كل وجه كذا في شرح الكافي، وقال فيه أيضاً: لو قال لفلان عليّ ألف درهم أستغفر اللّه إلا مائة درهم فالاستثناء باطل لأن قوله أستغفر اللّه ليس من نسق الكلام لأن الاستغفار لا يلائم الإخبار والإقرار فصار فاصلاً وروي عن أبي حنيفة أنه لا يصير فاصلاً، لأنه يستعمل في العرف لاستدراك الغلط فصار كأنه قال غلطت إلا مائة درهم فلا يُعدّ فاصلاً فلو قال لفلان عليّ ألف درهم سبحان اللّه إلا خمسين درهماً لم يكن استثناء

إلا هؤلاء، وأما إذا كان بخلاف لفظه يجوز وإن أتى على الكل وذلك مثل أن يقول: عبيدي أحرار إلا هؤلاء أو يقول نسائي طوالق إلا هؤلاء أو يقول عبيدي أحرار إلا مباركاً وسالماً وبزيعاً، أو يقول نسائي طوالق إلا زينب وعمرة وفاطمة وليس له عبيد ولا نساء غير المستثنى صح الاستثناء فلا يعتق أحد منهم ولا تطلق واحدة منهن، لأنه إذا اختلف اللفظ يتوهم بقاء شيء من المستثنى منه إذ اللفظ صالح له وذلك يكفي لصحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء، لأن الاستثناء يتبع صحة الكلام لفظاً لا تحقق ما دخل تحته، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: أنت طالق ألفاً إلا تسعمائة وتسعة وتسعين يصح حتى لا يقع عليها إلا واحدة، ولو كان يتبع صحة الحكم لوقع الثلاث كما إذا قال أنت طالق ثلاثاً إلا ألفاً، وعلى هذا لو قال: أوصيت بثلث مالي إلا ثلث مالي لا يصح الاستثناء، ويأخذ الموصى له ثلث ماله. ولو قال: أوصيت له بثلث مالي إلا ألفاً وثلث ماله ألف لا غير صح الاستثناء ولا يستحق الموصى له شيئاً لما ذكرنا أنه يتبع صحة اللفظ لأنه تصرف [لفظي فينبني على صحة اللفظ لا على صحة الحكم بخلاف ما إذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ، لأنه لا يصلح لإخراج بعض ما تناوله اللفظ ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح اللفظ ولا الاستثناء.

قال رحمه الله: (**وصح استثناء الكيلي والوزني من الدراهم** لا غيرهما) حتى إذا

لأن التسبيح لا يذكر لاستدراك الغلط في مجرى العادة فكان نسقاً آخر فَعُدّ فاصلاً، ولو قال لفلان عليّ ألف درهم يا فلان إلا عشرة دراهم كان الاستثناء جائزاً لأنه أخرجه مخرج الإخبار لشخص خاص، وهذا صيغته فلا يُعد فاصلاً. ولو قال لفلان عليّ مائة درهم فاشهدوا عليّ بها إلا عشرة دراهم كان الاستثناء باطلاً لأن قوله فاشهدوا عليّ بها حشو لا يحتاج الإقرار إليه فعُدّ فاصلاً بخلاف قوله يا فلان لأنه لم يقع حشواً اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وصح استثناء الكيلي)** قال الكاكي رحمه الله: وفي الذخيرة: وإذا صح الاستثناء يطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر وإن كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شيء. ثم ما ذكر أن جهالة المستثنى تلزم جهالة المقر به مخالف لما ذكره في الذخيرة محالاً إلى المنتقى فقال: قال أبو حنيفة: لو قال لفلان عليّ مائة درهم إلا قليلاً فعليه أحد وخمسون درهماً وكذا في نظائرها نحو قوله: إلا شيئاً لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفاً فأوجبنا النصف وزيادة درهم فقد استثنى الأقل، وعن أبي يوسف لو قال عليّ عشرة إلا بعضها فعليه أكثر من النصف اهـ **قوله في المتن: (والوزني من الدراهم)** يعني أو من الدنانير كما نبه عليه الشارح بعد قوله قريباً من هذا المتن أو إلا ديناراً صح بقوله وكذا إلخ اهـ وكتب ما نصه: اعلم أنه إذا استثنى من خلاف الجنس فقيه خلاف فإن كان استثناء المقدر من المقدر كما في الصورة المذكورة يصح الاستثناء عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً

قال: عليّ ألف درهم إلا قفيز حنطة أو إلا ديناراً صح، وكذا لو قال: عليّ مائة دينار إلا قفيز شعير أو إلا عشرة دراهم صح. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما. وقال محمد وزفر رحمهما الله: لا يصح. ولو قال: عليّ مائة درهم [إلا ثوباً](١)/ لا يصح باتفاق أصحابنا. وقال الشافعي رحمه الله: يصح فيهما يعني في المثلي وغيره، لأن حكم الاستثناء امتناع ثبوت الحكم في المستثنى لقيام الدليل المعارض عنده بمنزلة دليل الخصوص من العموم، فإذا قال: عليّ عشرة إلا خمسة يصير كأنه قال إلا خمسة، فإنها ليست عليّ، فإذا كان بطريق المعارضة يجب العمل بالدليل المعارض بقدر الإمكان، فإذا كان المعارض من جنسه يجب إخراج قدره، وإن كان من خلاف جنسه يجب إخراج قيمته عملاً بالدليل المعارض بقدر الإمكان، ولمحمد وزفر أن الاستثناء إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلاً تحت اللفظ وهذا لا يتصوّر في خلاف الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ. ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن القياس ما قاله محمد وزفر رحمهما الله لما بينا، إلا أنهما استحسنا في المقدرات وهي المكيل والموزون لأنها

[٥٠ أ/٣]

ويطرح قدر قيمة المستثنى مما أقر به والقياس أن لا يصح الاستثناء وهو قول محمد وزفر وإن كان استثناء غير المقدّر من المقدّر لا يصح الاستثناء عندنا، كما إذا قال لفلان عليّ مائة درهم إلا ثوباً قياساً واستحساناً خلافاً للشافعي لأن الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة ألا ترى إلى قوله:

وبلدة ليس بها أنيس   إلا اليعافير وإلا العيس(٢)

قد استثنى من خلاف الجنس. ولنا أن الاستثناء إخراجٌ وتكلم بالباقي بعد الثنيا وعليه أهل اللغة فلا بد من المجانسة لأن معنى الاستثناء لا يتحقق إلا بأن يكون المستثنى داخلاً تحت صدر الكلام لو لم يكن إلا والدخول تحت صدر الكلام لا يكون إذا لم توجد المجانسة فيكون الاستثناء لبيان أن المستثنى لم يدخل في الصدر. وجه ما قال محمد وزفر أن استثناء جنس من خلاف جنس لا يصح قياساً على ما لو استثنى من المقدر ثوباً وحيواناً في الحجة على أبي حنيفة وأبي يوسف وقياساً على ما لو استثنى كلباً في الحجة على الشافعي وهذا لأن الاستثناء إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام وهذا المعنى لا يتحقق في خلاف الجنس فلا يطرح قيمة قدر المستثنى ووجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن الاستثناء إخراج بعض ما دخل تحت صدر الكلام ولا يمكن إخراج المستثنى من صدر

---

(١) ما بين معكوفتين وردت في المخطوط وثوب.

(٢) من بحر الرجز لجران العود في ديوانه ص٩٧، وخزانة الأدب (١٠/ ١٥-١٨)، وشرح أبيات سيبويه (٢/ ١٤٠).

جنس واحد في المعنى من حيث أنها تثبت في الذمة حالاً ومؤجلاً ويجوز استقراضها، وإن اختلفت صورتها، فإذا كانت في المعنى جنساً واحداً جاز استثناؤها باعتبار المعنى، لأن الاستثناء استخراج بطريق المعنى على أن يصير الكلام به عبارة عما وراء المستثنى، وما ذكره الشافعي لا معنى له لأن المعارضة لا تثبت عند اختلاف المحل لأن انتفاء أحدهما لا ينافي ثبوت الآخر فلا يتعارضان، ولأن العبد لا يقدر أن ينفي ما عليه من الواجب بطريق المعارضة، فإنه إذا أقر به لزمه ولا يتصوّر أن ينتفي بعد ذلك بإنكاره. ولو كان بطريق المعارضة كما ذكره لاستوى فيه البعض والكل كالنسخ، وكذا كان يستوي فيه الاتصال والانفصال، لأن المعارض لا يشترط أن يكون مقارناً، وإنما ذلك في المغير، ولأن الإقرار خبر، ولو كان بطريق المعارضة لكان أحدهما كذباً وذلك لا يجوز لأنه موجود في القرآن، قال اللّه تعالى: ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً﴾ [العنكبوت: ١٤]، ولو كان هذا إخباراً عن لبثه فيهم ألف سنة ثم أخبر أنه لم يلبث فيهم خمسين عاماً منها لكان كذباً، تعالى اللّه عن ذلك علوّاً كبيراً، وإنما هو اسم للباقي بعد الثنيا كأنه قال فلبث فيهم تسعمائة وخمسين عاماً، لأنك إذا قلت عليّ عشرة إلا خمسة فذلك اسم للخمسة كأنك قلت عليّ خمسة لا أنك أقررت بعشرة ثم أسقطت الخمسة بعد ذلك بكلام معارض، والمعدود الذي لا تتفاوت آحاده كالفلوس مثل المكيل والموزون حتى يجوز استثناؤه من الدراهم والدنانير.

الكلام في حق التكلم لأن ذلك لا يمكن لأن الحقائق لا مردّ لها ويمكن إخراجه في حق الحكم وهو الوجوب، لأن المقدرات كلها جنس واحد في حق الوجوب بالعقد، ولهذا يصح إيجابها في الذمة كالدراهم فيصح استثناؤها فيصير تقدير الكلام له عليّ ألف إلا قدر قيمة المستثنى فيصير صدر الكلام عدماً في قدره في حق الوجوب بخلاف ما إذا استثنى غير المقدر حيث لا يصح لأن ماليته غير معلومة لكونه متفاوتاً في نفسه فيكون استثناء المجهول من المعلوم فيفسد ولأن الثوب لا يجانس الدراهم لا صورة ولا وجوباً في الذمة فإن الثوب لا يجب في الذمة إلا سلماً أو ما هو في معنى السلم، كالبيع بثياب موصوفة والدراهم تجب مطلقاً وهذا معنى قوله لا يجب بمطلق عقد المعاوضة فلم يجز أن يضم إلى إقراره ما لم يتضمنه إقراره اهـ إتقاني (فرع) قال في شرح الكافي أيضاً: ولو قال لفلان ألف درهم إن شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا الإقرار باطل لأنه علق وما نجز واللزوم حكم التنجيز لا حكم التعليق وكذلك كل إقرار علق بخطر أو شرط نحو قوله إن دخلت الدار أو إن مطرت السماء أو إن هبت الريح أو إن قضى اللّه أو إن أراده أو إن رضيه أو إن أحبه أو إن أصبت مالاً أو إن كان كذلك أو إن كان ذلك حقاً لأنه تعليق الإقرار بالشرط فلا

قال رحمه اللّه: (ولو وصل إقراره بإنْ شاءَ اللّهُ بطل إقراره) لأنه إبطال أو تعليق على ما بينا في الطلاق، فإن كان الأول فقد بطل وهو ظاهر، وإن كان الثاني فكذلك لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط حتى إذا قال: لفلان عليّ ألف درهم إن شاء فلان **كان الإقرار باطلاً وإن شاء فلان** لأنه علقه بشرط في وجوده خطر، والإقرار لا يحتمله لأن التعليق يمين والإقرار لا يُحلف به، ولأنه إخبار متردّد بين الصدق والكذب، فإن كان صدقاً لا يصير كذباً بفوات الشرط، وإن كان كذباً لا يصير صدقاً بوجود الشرط، فلا يليق به أصلاً وإنما التعليق فيما هو إيجاب ليتبين بالتعليق أنه ليس بإيقاع ما لم يوجد الشرط، وكذلك كل إقرار علق بالشرط نحو قوله: إن دخلت الدار أو أمطرت السماء أو هبت الريح أو إن قضى اللّه تعالى أو أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو إن بشرت بذلك فهذا كله وما شاكله مبطل للإقرار إذا كان موصولاً للمعنى الذي / [٥٠ ب/٣] ذكرنا. ولو قال: اشهدوا أن له عليّ ألف درهم إن مت فهو عليه إن مات أو عاش، فإن هذا ليس بتعليق، فإن موته كائن لا محالة، ومراده أن يشهدهم على المال المقرّ به حتى لا تبقى ذمته مرتهنة ليشهدوا بعد موته إذا جحدت الورثة فيكون راجعاً إلى تأكيد الإقرار فيلزمه المال عاش أو مات، وكذا لو قال: عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس أو إلى الفطر **أو إلى الأضحى**، لأن هذا ليس بتعليق وإنما هو دعوى الأجل إلى الوقت المذكور فيكون إقراره مقبولاً ودعواه الأجل [لا][1] يقبل إلا بحجة هكذا ذكره في النهاية، وذكر في المحيط في باب تعليق الإقرار بالشرط هذه المسألة فقال: أصله أن تعليق الإقرار بالشرط باطل والمال لازم لأن الإقرار إخبار عن كائن سابق والكائن لا يعلق بالشرط وإنما يعلق بالشرط غير الكائن ليصير كائناً عند وجود الشرط، ولأنه إخبار متردّد بين الصدق والكذب، فإن كان صدقاً لا يصير كذباً بفوات الشرط، وإن كان كذباً لا يصير صدقاً بوجود الشرط، فلا فائدة في تعليقه بالشرط وإن كان كذباً لا يصير صدقاً فلغا تعليق الإقرار بالشرط إلا إذا كان الشرط سبباً كحلول الأجل والموت ومجيء الغد فيصح تعليقه بذلك الشرط، لأنه يراد به الإخبار عن محل الأجل هكذا ذكره في مسائل المبسوط. وذكر في النهاية في أوائل هذه المسألة

يكون إقراراً في الحال ولا يمكن جعله إقراراً عند وجود الشرط لأنه ليس بموجود في تلك الحالة بخلاف تعليق الطلاق والعتاق لأنا أبقيناه من حيث أنه يمين وله حكم في الحال وهو الحمل أو المنع ثم إذا جاء الشرط انحل التركيب فوقع الطلاق وهاهنا الحكم بخلافه اهـ إتقاني. **قوله**: (**كان الإقرار باطلاً وإن شاء فلان**) أي لأن مشيئة فلان لا توجب الملك اهـ اختيار. **قوله**: (**أو إلى الأضحى**) فهذا كله إقرار وهو حال عليه إن لم يقر الطالب بالأجل لأنه

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

معزياً إلى المبسوط فقال: لو قال غصبت منك هذا العبد أمس إن شاء اللّه تعالى لم يلزمه شيء استحساناً والقياس أن استثناءه باطل، لأن ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك إنما يصح في الإنشاءات دون الإخبارات، ولكنه استحسن فقال: الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون في معنى الشرط. ألا ترى أن موسى عليه الصلاة والسلام لم يعاتب على ترك الصبر ولو لم يخرج لعوتب، لأن الوعد من الأنبياء عليهم الصلاة والسلام كالعهد من غيرهم والإقرار لا يكون إلا بكلام هو عزيمة وهذا يشير إلى ما قال في المحيط، **وشرط في المختصر أن يكون موصولاً** لأنه لو كان مفصولاً لا يؤثر خلافاً لابن عباس هو استدل بما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «واللّه لأغزونّ قريشاً ثم قال بعد سنة إن شاء اللّه»[1]. قلنا هو مغير والمغير لا يصح إلا متصلاً كالشرط واستثناء النبي عليه الصلاة والسلام كان لامتثال أمر اللّه تعالى بقدر الإمكان لا لمنع الانعقاد، وقد ذكرنا في كتاب الطلاق **هل هذا الاستثناء** تعليق بشرط لا يعلم وجوده أو إبطال، وذكرنا الخلاف فيه بين أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه فلا نعيده.

قال رحمه اللّه: (**ولو استثنى البناء من الدار فهما للمقر له**) لأن البناء دخل في

ذكر الوقت وإنه يذكر لتأخير المطالبة فكان مقراً بدين مؤجل فيلزمه اهـ إتقاني. **قوله: (وشرط في المختصر أن يكون موصولاً)** قال في الهداية: من أقر بحق وقال إن شاء اللّه متصلاً بإقراره لم يلزمه الإقرار. قال الإتقاني: وذلك لأن المشيئة تمنع من لزوم ما يلزم عند عدمها قال تعالى: ﴿ستجدني إن شاء اللّه صابراً ولا أعصي لك أمراً﴾ [الكهف: ٦٩] بيانه أنه لو لم يقل إن شاء اللّه ولم يصبر كان خلفاً في الوعد فلما قال إن شاء اللّه ولم يصبر لم يصر مخلفاً للوعد فعلم بذلك أن المشيئة إذا علق بها تمنع ثبوت الحكم وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس أن لا يصح الاستثناء ويلزمه المال ذكر الاستحسان والقياس خواهر زاده في مبسوطه، وجه القياس أن فائدة التعليق تأخير الحكم إلى أن يوجد الشرط وتأخير ما كان متحققاً في الماضي لا يصح لأن الإقرار إخبار عما كان في ذمته في الماضي وليس بإيجاب مبتدأ في الحال وجه الاستحسان أنه تعليق أمر ثابت في الحال بشرط غير متحقق لا يعرف وجوده كما في الطلاق والعتاق إذا عُلقا بمشيئة اللّه تعالى اهـ **قوله: (هل هذا الاستثناء إلخ)** أي الاستثناء بمشيئة اللّه تعالى اهـ **قوله في المتن: (ولو استثنى البناء من الدار إلخ)** قال الإتقاني: قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وإذا كانت الدار في يدي رجل فأقر أنها لفلان إلا بيتاً منها معلوماً فإنه لي فهو على ما قال وكذلك لو قال إلا ثلثها أو إلا تسعة أعشارها لي، فإنه يصدق لأنه بالاستثناء تبين أنه إنما أقر بما سوى

---

(١) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور (٣٢٨٥) (٣٢٨٦).

الإقرار تبعاً لا مقصوداً فصار وصفاً والاستثناء تصرف لفظي فلا يصح إلا من الملفوظ

المستثنى لأنه تكلم بالباقي. ولو قال الدار لفلان وهذا البيت لي كانت الدار كلها لفلان وكذا لو قال: الدار لفلان ولكن هذا البيت لي وكذلك لو قال: هذه الدار لفلان وبناؤها لي أو قال: هذه الأرض لفلان ونخلها لي، أو قال: النخل بأصوله لفلان وثمرته لي، لأنه أقرّ به كله لفلان ثم ادّعى شيئاً منه بعد ذلك فلا يصدق إلا بحجة، ولو قال هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه لي لم يصدق أيضاً على البناء والبناء تابع وليس هذا باستثناء لأن الاستثناء إخراج بعض ما دخل تحت صدر الكلام والبناء لم يدخل تحت صدر الكلام، وإنما دخل بطريق التبعية والإتباع لا يتناولها الاستثناء. كما لو قال هذه الجارية لفلان إلا بياضها أو جمالها فإنه لي أليس أنه لا يصدق، كذا هنا، وكذلك لو قال: هذا البستان لفلان إلا نخيله بغير أصوله، فإنه لي. أو قال هذه الجبة لفلان إلا بطانتها فإنها لي. أو قال هذا السيف لفلان إلا حليته فإنها لي لم يصح الاستثناء لأنه استثناء للتوابع وإنها لم تدخل تحت صدر الكلام كذا في شرح الكافي. وقال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في باب الإقرار في الدار من مبسوطه: ولو أقر فقال هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه لي فإنه لا يصح هذا الاستثناء وتكون الأرض مع البناء للمقرّ فرق بين هذا وبين ما إذا أقر فقال هذه الدار لفلان إلا هذا البيت كان الاستثناء صحيحاً وكان ما عدا البيت للمقر له. وجه الفرق بينهما هو أن البناء إنما دخل تحت الإقرار تبعاً من حيث أنه مركب لا مقصوداً كما دخل البناء تحت بيع الدار تبعاً لا مقصوداً حتى إذا احترق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن ولكن يتخير المشتري فدل أن البناء إنما دخل تحت الإقرار بالدار تبعاً لا مقصوداً. ولا يجوز استثناء ما دخل تحت الإقرار تبعاً كما لو أقر بالعبد واستثنى يده أو رجله أو صفة من أوصافه لم يصح لأنه دخل تحت الإقرار تبعاً فلم يصح استثناؤه، وهذا لأن الاستثناء استخراج للمستثنى مقصوداً من اللفظ فلا يجوز إضافته إلى ما دخل تحت الإقرار تبعاً كالإقالة لا يجوز إضافتها إلى ما دخل تحت البيع تبعاً لأنه فسخ للبيع مقصوداً، وإذا لم يصح الاستثناء صار كأنه لم يستثن ولو لم يستثن البناء كان البناء والأرض للمقر، فكذلك هذا بخلاف البيت فإنه دخل تحت الإقرار مقصوداً، كما في البيع يدخل تحت البيع مقصوداً حتى لو استحق البيت سقط حصته من الثمن واستثناء ما دخل تحت الإقرار مقصوداً صحيح وإذا صح الاستثناء جعل مقراً له بما وراء البيت وكذلك لو قال: هذا البستان لفلان إلا نخيله بغير أصوله فإنه لي فإنه لا يصح الاستثناء لأن النخل إنما دخل تحت الإقرار بالبستان تبعاً لا مقصوداً كما في البيع وكان كالبناء من هذا الوجه واستثناء البناء لا يصح، فكذلك هذا بخلاف ما لو استثنى نخيله بأصوله لأن الأصل دخل تحت الإقرار مقصوداً لا تبعاً فكان كالبيت، وكذلك لو قال: هذه الجبة لفلان إلا بطانتها لأن البطانة دخلت تحت الإقرار بالجبة تبعاً لا مقصوداً، كما في البيع تدخل البطانة تحت بيع الجبة من غير ذكر تبعاً فكانت كالبناء. قال

ولكون البناء وصفاً لا يسقط باستحقاقه قبل القبض شيء من الثمن، وإنما يثبت للمشتري الخيار كفوات سائر الأوصاف بخلاف ما إذا قال: إلا ثلثها أو إلا بيتاً منها، لأن أجزاء الدار داخلة تحت لفظ الدار فيصح استثناؤها، ولهذا لو استحق هذا الجزء أو فات قبل القبض يسقط بحصته من الثمن والطوق في الجارية والفص في الخاتم **والنخلة في البستان نظير البناء في الدار**.

قال رحمه اللّه: (**وإن قال** بناؤها لي والعَرَصَة لفلان فهو كما قال) **لأن العرصة عبارة عن البقعة** دون البناء فصار كأنه قال: بياض هذه الأرض دون البناء لفلان بخلاف ما إذا قال مكان العرصة الأرض بأن قال: بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان، حيث يكون له البناء أيضاً، **لأن الأرض** كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما إذا قال بناء هذه الدار لزيد والأرض لعمرو، حيث يكون لكل واحد منهما ما أقر له به، لأنه لما أقر بالبناء لزيد صار ملكاً له فلا يخرج عن ملكه بإقراره لعمرو بالأرض/ إذ لا يصدق قوله في حق [٥١ أ/٣] غيره بخلاف المسألة الأولى، لأن البناء مملوك له فإذا أقر بالأرض لغيره يتبعها، لأن إقراره مقبول في حق نفسه، ولو قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لي أو لفلان كان

خواهرزاده: وقد ذكر في السير الكبير أن الإمام إذا نفل فقال من أصاب جبة خزٍّ فهي له فأصاب جبة خزٍّ كان له الظهارة دون البطانة، فلم تجعل البطانة في التنفيل تبعاً للجبة واعتبر هاهنا تبعاً للظهارة حتى لم يصح الاستثناء وتأويل ذلك أن ما قال في السير الكبير محمول على جبة خزّ بطانتها مثل ظهارتها في النفاسة فلا تكون البطانة تبعاً للظهارة فكانتا بمنزلة جبتين وما ذكر هنا محمول على جبة بطانتها في النفاسة دون الظهارة فتكون تبعاً للظهارة ولا تكون بمعنى جبتين حتى لو كانت البطانة مثل الظهارة في النفاسة بأن كانت جبة خزّ ظهارتها وبطانتها من خزّ أو من غير خز لكنها في النفاسة مثلها يصح استثناء البطانة لأن كل واحد منهما يكون داخلاً تحت الإقرار مقصوداً لا تبعاً، فيصح استثناء أحدهما من الآخر حينئذٍ، قال وكذلك لو قال: هذا السيف لفلان إلا حليته فإنه لي فإنه لا يصح الاستثناء لأن الحلية دخلت تحت الإقرار بالسيف تبعاً في البيع، ولهذا لا يسقط بفواته قبل القبض شيء من الثمن فكانت بمنزلة البناء من هذا الوجه اهـ **قوله**: (**والنخلة في البستان نظير البناء في الدار**) يعني كما لم يصح استثناء البناء لا يصح استثناء الفص والنخلة لأنه داخل تحت الصدر تبعاً لا لفظاً اهـ إتقاني. قوله تبعاً أي للمقر له اهـ. **قوله في المتن**: (**وإن قال**) ليس في خط الشارح اهـ. **قوله**: (**لأن العرصة عبارة عن البقعة**) قال الإتقاني: لأن العرصة في اللغة عبارة عن كل بقعة ليس فيها بناء اهـ **قوله**: (**لأن الأرض إلخ**) قال الإتقاني لأن الأرض عبارة عن الأصل فيكون الإقرار بالأصل إقراراً بالتبع. قال الحاكم في الكافي: ولو بدأ فقال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان كانت الأرض والبناء لفلان، ولو قال:

الكل للأول، لأنه لما أقر بالأرض له ملك البناء تبعاً فلا يقبل قوله بعد ذلك أنه لغيره، **ولو قال بناء هذه الدار** لفلان وأرضها لفلان فلكل واحد منهما ما أقر له به لقيام ملكه عند الإقرار لهما فينفذ، وتخريج جنس هذه المسائل مبني على أن دعواه لنفسه لا يمنع صحة الإقرار به لغيره وإن إقراره لا يقبل في حق غيره.

قال رحمه الله: (ولو قال عليّ ألف من ثمن عبد لم أقبضه فإن عيّنَ العبد وسَلّمه إليه لزمه الألف **وإلا فلا**) أي إن عين المقر العبد وسلمه المقر له إلى المقر لزم المشتري الثمن بهذا القيد، لأنه أقر له بألف على صفة فيلزمه على الصفة التي أقر بها، وهذه المسألة على وجوه: أحدها ما ذكرنا وهو ما إذا صدقه وسلمه إليه وحكمه ما ذكرنا، لأن ما ثبت بتصادقهما يكون كالثابت عياناً. والثاني: أن يقول المقر له: العبد عبدك ما بعتكه، **وإنما بعتك عبداً آخر وسلمته إليك والحكم فيه كالأول** لأنهما اتفقا على ما أقر به من أن كل واحد منهما يستحق ما أقر به غير أنهما اختلفا في سبب الاستحقاق ولا يبالي باختلافهما ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم فصار كما إذا أقر له بغصب ألف درهم **فقال المقر له هي** قرض فإنه يؤمر

هذه الأرض لفلان كانت الأرض والبناء لفلان اهـ **قوله**: (**ولو قال بناء هذه الدار**) هذه المسألة تقدم ذكرها بقوله بخلاف ما إذا قال: بناء هذه الدار لزيد والأرض لعمرو والظاهر أنه إنما أعادها ليقابل بها ما ذكره قبلها من قوله ولو قال أرض هذه إلخ اهـ قارئ الهداية. **قوله في المتن**: (**وإلا فلا**) أي وإن لم يسلم المقر له العبد لا يلزم المقر الألف، وأما إذا لم يعين المقر العبد فحكمه يأتي بعد هذه المقالة متناً وشرحاً اهـ **قوله**: (**وإنما بعتك عبداً آخر وسلمته إليك**) أي و لي عليك ألف درهم ثمنه اهـ **قوله**: (**والحكم فيه كالأول**) أي أنه يلزمه ألف درهم اهـ **قوله**: (**فقال المقر له هي إلخ**) اعلم أنه إذا أقر أن لفلان عليه ألف درهم من ثمن هذا العبد فلا يخلو، إما أن يكون العبد في يد المقر أو في يد المقر له أو في يد ثالث، فإن كان في يد المقر فإن صدقه الطالب فيما أقر لزمه ألف درهم، لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد والعبد في يده كان عليه ألف درهم، فكذلك هذا فأما إذا قال الطالب العبد عبدي وإنما بعتك عبداً غيره وأخذ العبد منه فإنه لا يلزمه شيء لأنهما لم يتصادقا على الوجوب، فإن المقر إنما أقر له بألف درهم بدلاً عن هذا العبد، فإذا لم يسلم له العبد لا يسلم المقر له بدله فأما إذا قال العبد عبدك وإنما بعتك عبداً غيره و لي عليك ألف درهم ثمنه فإنه يلزمه ألف درهم لأنهما اختلفا في الجهة التي وجب الألف واتفقا على الوجوب. أما الطالب فلأنه ادّعى وجوب ألف درهم بسبب بيع عبد آخر اشترى منه وقبضه وهو قد أقر بالوجوب بدلاً عن هذا العبد وقد سلم له العبد فقد تصادقا على الوجوب واختلفا في جهة الوجوب وفي مثل هذا يقضي بألف درهم كما لو أقر

بالدفع إليه لاتفاقهما على الاستحقاق. والثالث: أن يقول: العبد عبدي ما بعتكه وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لما ذكرنا أنه أقر له على صفة وهي سلامة العبد له فلا يلزمه بدونها. والرابع: أن يقول المقر له: لم أبعك هذا العبد، وإنما بعتك عبداً آخر، فحكمه أن يتحالفا لأنهما اختلفا في المبيع **وهو يوجب التحالف**.

قال رحمه اللّه: (**وإن لم يعين لزمه الألف** كقوله: من ثمن خمر أو خنزير) أي وإن لم يعين المقر العبد لزمه الألف كما إذا أقر بألف من ثمن خمر فإنه يلزمه الألف ولم يقبل قوله أنه لم يقبض المبيع ولا تفسيره بثمن الخمر وصل أم فصل، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه: إن وصل صدق في المسألتين فلا يلزمه شيء وإن فصل لم يصدّق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد أو خمر، لأنه أقر له بالمال وبين سببه وهو غير صالح، لأن ثمن عبد مجهول لا يجب سواء كانت الجهالة عند العقد أو بعده بالاختلاط بأمثاله، لأنه يفسد به العقد أو يهلك به المبيع قبل القبض فلا يجب به الثمن وكذا ثمن الخمر لا يجب، وصدر كلامه يقتضي الوجوب فصار بياناً مغيراً كالاستثناء، والشرط والمغير يصح

فقال: عليّ ألف درهم لفلان من غصب، وقال الآخر لا من قرض، وإن كان العبد في يد المقر له إن صدقه المقر له فيما أقر به، فإنه يسلم الثمن ويأخذ العبد، لأن بيع هذا العبد ثبت بتصادقهما فصار كالثابت معاينة، ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد والعبد في يد البائع فقال للمشتري انقد الثمن وخذ العبد صح، فكذلك هذا فأما إذا قال العبد عبدك و لي عليك ألف درهم من ثمن عبد آخر قبضته مني، فإنه يلزمه ألف درهم، لأنهما تصادقا على الوجوب واختلفا في جهة الوجوب والاختلاف في الجهة لا يمنع الوجوب متى تصادقا علي الوجوب، وهذا لأنه لا عبرة باختلاف الطريق إذا وقع الاتفاق على الحكم وإن قال لم أبعك هذا العبد والعبد عبدي وإنما بعتك عبداً آخر وقبضته مني لا يلزمه الألف لأنهما لم يتصادقا على الوجوب لأن المقر ما أقر بوجوب الألف مطلقاً، وإنما أقر بدلاً عن العبد ولم يسلم له العبد فلا يكون مقراً بالوجوب فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فيسلم العبد للمقر له ويبطل المال لأن الطالب يدعي عليه تسليم الثمن ببيع غير هذا العبد وهو ينكر والمقر يدعي تسليم هذا العبد وهو ينكر فيتحالفان فلو كان العبد في يد ثالث إن صدّقه المقر له وأمكنه تسليمه لزمه المال وإلا فلا اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله**: (**وهو يوجب التحالف**) أي فإذا تحالفا بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن هو في يده اهـ كاكي. **قوله في المتن**: (**وإن لم يعين لزمه الألف**) قال الإتقاني: قال في التقريب في تعليل أبي حنيفة: أن إقراره يقتضي ثبوت المال في ذمته وإضافته إلى مبيع غير معين يقتضي إسقاطه فلم يصدق في الرجوع عن الإقرار ولأنه لا يخلو إما أن يدعي جهالة المبيع حالة العقد فلا يستحق

موصولاً لا مفصولاً، ولأبي حنيفة رحمه الله إنّ صدر كلامه لما كان للوجوب فإتيانه في آخره بما ينافي الوجوب رجوع عنه فلا يصح موصولاً كان أو مفصولاً، ولأن المقر لو ادّعى تأخير الثمن إلى شهر لا يقبل إقراره في التأجيل ويجب عليه حالاً، ففي إضافة البيع إلى المجهول وأنه يؤدّي إلى التأخير أبداً كان أولى **بيانه أن الثمن** لا يجب تسليمه إلا بعد إحضار البائع المبيع، فلو أحضر البائع عيناً ليسلمه إليه فللمشتري أن يقول المبيع غير هذا. وكذا في الثاني والثالث إلى ما لا يتناهى، فلا يصل البائع إلى قبض الثمن أبداً فكان باطلاً، بخلاف ما إذا كان المبيع معيناً لأنه لا يتأتى فيه ذلك فلا يؤدّي إلى البطلان فيلزمه على الوجه الذي أقر به على ما بينا، **هذا إذا كذبه المقر له** وإن صدّقه في السبب بأن قال بعتكه فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه/ لزمه [٥١ ب/٣] الثمن بالإقرار فلا يسقط عنه إلا إذا أقر المقر له أن المقر لم يقبض المبيع وعندهما القول قول المقر أنه لم يقبض المبيع فصل أم وصل، لأن البيع لما ثبت بتصادقهما بقي أمر القبض مجملاً، لأنه لم يقر بقبض المبيع نصاً ولا اقتضاء، لأن الإقرار بوجوب الثمن لا يكون إقراراً بقبض المبيع، إذ هو واجب بالعقد فصار كما إذا عين المبيع بخلاف ما إذا لم يصدقه في السبب حيث لا يصح مفصولاً لأنه تغيير على ما بينا فلا يصح مفصولاً، وهنا لا تغيير فيه لتصادقهما في السبب فصار من باب المجملات فيصح بيانه مفصولاً وموصولاً. ولو قال: إني اشتريت منه مبيعاً إلا أني لا أقبضه كان القول قوله بالإجماع، لأنه لم يقر بوجوب الثمن عليه، وإنما أقر بوجود الشراء منه وبمجرد العقد لا يجب الثمن، لأنه إذا اشتراه بشرط الخيار لا يجب عليه الثمن، **وإنما يجب بالقبض** فلا يكون الإقرار بالعقد إقراراً بالقبض، فلا يجب بخلاف ما تقدم عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقاً، وعندهما إذا فصل البيان لأنه قد أقر هناك بالوجوب

عليك ثمنه أو يدعي أنه كان معلوماً ثم جهل وهذا يوجب فساد البيع وسقوط الثمن، ألا ترى أن من اشترى عبداً فاختلط بغيره فسد البيع ومن اعترف بدين ثم ادّعى سقوطه لم يقبل وليس كذلك المبيع المعين، لأن ثمنه يجوز أن يلزمه فقد أضاف الدين إلى جهة يجوز ثبوته منها اهـ **قوله: (بيانه أن الثمن إلخ)** أي بيان أنه يؤدي إلى تأخير الثمن أبداً اهـ **قوله: (هذا إذا كذبه المقر له)** أي في السبب بأن قال: لي عليك ألف لكنها ليست من ثمن مبيع اهـ **قوله: (وإنما يجب بالقبض)** أي في مسألة الكتاب أما في الشراء بشرط الخيار لا يجب الثمن، وإن قبض أيضاً ما لم يسقط الخيار. ومعنى قوله: وإنما يجب بالقبض أي إنما يتأكد الوجوب وإلا فالثمن في البيع البات يجب بنفس الشراء اهـ كاكي. وكتب على قوله وإنما يجب بالقبض ما نصه: كان ينبغي أن يقول وإنما يجب بالبيع البات اهـ من خط قارئ الهداية. (فرع) قال شيخ الإسلام علاء الدين في شرح الكافي: لو قال عليّ ألف

فلا يسقط بآخر كلامه على اختلافهم على ما بينا. ولو قال: لفلان عليّ ألف درهم حراماً أو رباً فهي لازمة له لاحتمال أن يكون هذا حلالاً عند غيره، ولو قال: لفلان عليّ ألف درهم زوراً أو باطلاً إن صدّقه المقر له فلا شيء عليه وإن كذبه لزمه، ولو أقر أنه باع عبده هذا من فلان وادّعى أنه لم يقبض الثمن وحبسه كان له ذلك لأن العبد في يده، فالظاهر أنه ملكه فإذا أقر به لغيره نفذ على الوجه الذي أقر به وكان القول له إذا أنكر المقر له.

قال رحمه اللّه: (ولو قال من ثمن متاع أو أقرضني وهي زيوف **أو نبهرجة** لزمه الجياد بخلاف الغصب والوديعة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، **وقالا: إن وصل صدق** وإن فصل لا يصدق، وقال في الهداية: وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوقة **أو رصاص** وذكر في النهاية لأبي يوسف: **فيهما روايتين** وعزاه إلى الجامع الصغير لقاضيخان، لهما أنه تفسير مغير فيصح بشرط الوصل وهذا لأن اسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف بحقيقته حتى لو تجوّز بالزيوف في الصرف والسلم جاز والستوقة بمجازه إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد، لأن التعامل يقع بها والأذهان تسبق إليها فكان مغيراً للأصل من هذا الوجه فيصح بشرط الوصل كما إذا قال: إلا أنها وزن

درهم من ثمن خمر ووصل لم يصدق في قياس قول أبي حنيفة ويصدق في قول أبي يوسف ومحمد هما مرا على أصلهما أن هذا بيان مغير. وأبو حنيفة يقول لما قال: عليّ فقد وصف بالوجوب فإذا قال من ثمن خمر فقد ناقض، لأن ثمن الخمر لا يتصف بالوجوب عليه كذا في شرح الكافي، ولكن هذا فيما إذا كذبه الطالب أما إذا صدّقه في ذلك لا يلزمه شيء في قولهم جميعاً لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما إذا قال من ثمن حر أو ميتة أو دم وبه صرح شيخ الإسلام خواهرزاده في مبسوطه في باب الإقرار بدين من ثمن متاع، ونقل في الأجناس عن كتاب إقرار الأصل رواية هشام، لو قال: لفلان عليّ ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير وهما مسلمان، وقال الطالب بل هو من ثمن برٍّ فالمال لازم للمطلوب في قول أبي حنيفة مع يمين الطالب، وقال أبو يوسف القول قول المطلوب مع يمينه ولا شيء عليه، ألا ترى أنه لو قال: عليّ درهم ثمن ميتة أو رطل خمر كان باطلاً، ثم قال في الأجناس: ذكر في نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة لو قال: لفلان عليّ ألف درهم حرام أو باطل لزمه في قول أبي حنيفة اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (أو نبهرجة)** أي وقال المقر له جياد اهـ **قوله: (وقالا إن وصل صدق)** أي ولزمه ما أقرّ به اهـ **قوله: (أو رصاص)** يعني عن أبي حنيفة لا يصدق وصل أم فصل فيلزمه الجياد. وعندهما يصدّق إن وصل وهذا في غير الغصب وأما في الغصب فسيأتي الحكم فيه في الشارح آخر هذه الصفحة اهـ **قوله: (فيهما روايتين)** أي في رواية مع أبي حنيفة وفي رواية مع محمد اهـ

خمسة ونقد البلد وزن سبعة، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن هذه الأشياء عيب والعقد يقتضي السلامة عنه ودعواها رجوع عن مقتضى ما أقر به فلا يصح فصار كما إذا قال: بعتك معيباً وقال المشتري: لا بل سليماً، فالقول له لما ذكرنا، والستوقة والرصاص ليسا من الأثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعاً](١) بخلاف قوله إلا أنها وزن خمسة لأنه استثنى القدر فصار مغيراً فيصح بشرط الوصل وبخلاف ما إذا قال: عليّ كرّ حنطة من ثمن دار اشتريتها منه إلا أنها رديئة حيث يقبل موصولاً ومفصولاً، لأن الرداءة نوع لا عيب **فمطلق العقد** لا يقتضي السلامة عنها بخلاف الجودة، لأن العقد يقتضيها ولا يصح استثناؤها على ما بينا في استثناء البناء، بخلاف ما إذا أقر بغصب ألف درهم أو بالوديعة حيث يقبل قوله في هذه الأشياء، **لأن الغصب لا يقتضي السلامة** لأن الإنسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده فلا يقتضي السلامة فيقبل قوله إلا أنه في الزيوف والنبهرجة/ يقبل قوله مطلقاً مفصولاً وموصولاً، لأنهما نوع من الدراهم [٤٨/أ/٣] وفيه يقبل مفصولاً، ولأن الاختلاف إذا وقع في المقبوض كان القول قول القابض ضميناً كان أو أميناً، **وفي الستوقة** لا يصدّق إلا موصولاً لأنها ليست من جنس

قوله: (فمطلق العقد إلخ) قال شمس الأئمة السرخسي في أصوله في فصل بيان التغيير والتبديل: الرداءة ليست بعيب في الحنطة فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والرداءة في الحنطة تكون بأصل الخلقة فيكون هذا بيان النوع لا بيان العيب فيصح موصولاً كان أو مفصولاً. وقال في كتاب التقريب: إذا قال له عليّ عشرة أفلس من ثمن مبيع ثم قال: هي كاسدة لم يصدق عند أبي حنيفة، وإن وصل لأن كساد الفلوس عيب فيها فصار كالزيوف، وروي عن أبي يوسف مثله وفرق بين الكاسدة والزيوف، لأنه إذا ادّعى الكساد فقد ادّعى فساد المعقود عليه ثم رجع، وقال يصدّق إذا وصل وهو قول محمد لأن استثناء الصفة كاستثناء القدر اهـ إتقاني. **قوله: (لأن الغصب لا يقتضي السلامة)** أي عن العيب عرفاً لأن كلاً منهما كما يرد في الجياد يرد في الزيوف فكان ذلك بيان النوع فصح موصولاً ومفصولاً فصار كما إذا ادّعى بالغصب والوديعة بأن غصب ثوباً أو كان عنده وديعة فجاء به وهو معيب خلق، فقال: كان ذلك يوم الغصب أو الوديعة كان القول قوله، فكذا هذا. وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: وفي قول زفر والحسن بن زياد إن قال موصولاً يقبل قوله، وإن قال مفصولاً لا يقبل قوله اهـ إتقاني. **قوله: (وفي الستوقة إلخ)** قال في الهداية: ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق، وإن فصل لم يصدق قال الإتقاني: قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي

---

(١) ما بين معكوفتين من عند [لفظي ....] في الصفحة ٤٣٥ إلى الصحفة ٤٤٦ [.... رجوعاً] يوجد تقديم بخلاف المخطوط والصحيح ما في المطبوع.

الدراهم، وإنما يتناولها الاسم مجازاً فكان من باب التغيير فلا يصح مفصولاً، وعن أبي حنيفة رحمه اللّه في غير رواية الأصول في القرض أنه **يصدق في الزيوف إن وصل،** لأن القرض يتم بالقبض فأشبه الغصب والوديعة والظاهر هو الأول لأنه يجب بالتعامل فأشبه ما يجب بالبيع، وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه إذا قال: غصبت ألفاً ثم قال هي زيوف لم يصدق إذا فصل كما في القرض، لأن كلاً منهما مضمون عليه بالقبض. ولو قال: لفلان عليّ ألف درهم زيوف **ولم يذكر السبب** قيل: **يصدق إجماعاً** إذا وصل، لأنه لم يصرح بالعقد واستحقاق الجودة به، وقيل: هو على الخلاف لأن مطلق الوجوب يحمل على أنه وجب عليه بسبب موضوع له وهو التجارة فيكون على الخلاف.

للحاكم الشهيد: وإن قال هي ستوقة أو رصاص صدق إن وصل ولم يصدق إذا فصل، يعني في الغصب والوديعة، وذلك لأنها ليست في جنس الدراهم حقيقة وإن كانت من جنسهاصورة فصار إرادتها باسم الدراهم كإرادة المجاز باسم الحقيقة. وإذا بين أنه أراد باللفظ المجاز موصولاً قبل وإلا فلا اهـ وكتب على قوله وفي الستوقة ما نصه: عطف على قوله في الزيوف والنبهرجة اهـ **قوله: (يصدق في الزيوف إن وصل)** يعني: إذا قال لفلان عليّ ألف درهم قرض هي زيوف يصدق إذا وصل قوله هي زيوف بقوله ألف درهم قرض، أما إذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات وذلك لأن القرض يقضي بالمثل فربما يكون المقبوض زيفاً فيصدق فيما إذا وصل كما في الغصب وأراد بالأصول الجامعين والزيادات والمبسوط وهي ظاهر الرواية وغيرها غير ظاهر الرواية كالأمالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات اهـ إتقاني. **قوله: (ولم يذكر السبب)** أي كالبيع والقرض اهـ **قوله: (يصدق إجماعاً)** قال الإتقاني: لأن اسم الدراهم يتناولها أي يتناول الزيوف، قال في الفتاوى الصغرى: ولو أرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف. قال الفقيه أبو جعفر لم يذكر هذا في الأصول، فمن المشايخ من قال: هو على الاختلاف. ومنهم من قال هاهنا يصدق إجماعاً لأن الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض، فلا يجب مع الاحتمال إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى، والذي قال على الاختلاف هو الكرخي، كذا ذكر قاضيخان في شرح الجامع الصغير، فمن هذا عرفت قوله في المتن. وقيل لا يصدق أي لا يصدق على مذهب أبي حنيفة، وصل أم فصل وعندهما يصدق إذا وصل لأنه بيان تغيير فيصح بشرط الوصل، وعند أبي حنيفة لا يصدق لأنه رجوع عما أقر به، وذلك لأن الإقرار الصادر منه مطلقاً ينصرف إلى العقود كالقرض وثمن المبيع، لأنها هي المشروعة والحكم في القرض والبيع هذا عنده ولا ينصرف إلى الغصب حتى يجعل مصدقاً في دعوى الغصب لأنه حرام فلا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن، ولا يقال يمكن أن ينصرف إقراره إلى الوديعة فيصدق في دعوى الزيافة كما في الغصب، لأنا نقول قوله عليّ ألف درهم

قال رحمه الله: (ولو قال: إلا أنه ينقص كذا متصلاً صدّق وإلا فلا) لأنه استثنى القدر فيكون تغييراً فيصح موصولاً لا مفصولاً على ما بينا غير مرة، ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع النفس أو بسبب دفع السعال، فعن أبي يوسف أنه يصح إذا وصله به **وعليه الفتوى**، لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد، فلو لم يجعل عذراً يكون عليهم حرج وعليه الفتوى.

قال رحمه الله: (ومن أقر بغصب ثوب وجاء بمعيب صدّق) لأن الغصب لا يختص بالتسليم **كالوديعة** على ما بيناه.

قال رحمه الله: (وإن قال أخذت منك ألفاً وديعة وهلكت وقال أخذتها غصباً فهو ضامن) لأنه أقر بسبب الضمان وهو الأخذ، لأن أخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان لقوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى ترد»[١]. ثم ادّعى ما يوجب البراءة وهو الإذن بالأخذ والآخر ينكره، **فكان القول قوله** مع يمينه ووجب الضمان على المقرّ بإقراره بسبب الضمان، **إلا أن ينكل الخصم** عن اليمين **وهذا بخلاف ما إذا قال له** بل أخذتها قرضاً **حيث يكون القول قول المقرّ**، لأنهما تصادقا على أن الأخذ حصل بإذنه والأخذ بإذن المالك لا يكون سبباً لوجوب الضمان على الآخذ إلا باعتبار عقد الضمان، فالمالك يدعي عليه العقد وذاك ينكر فكان القول قول المنكر، وعلى هذا إذا أقر بأخذ الثوب وديعة **وقال المقرّ له بل أخذته بيعاً** كان القول قول المقرّ لما ذكرناه.

قال رحمه الله: (ولو قال أعطيتنيها وديعة وقال غصبتنيها لا) أي لو قال

ينفي الوديعة لأنها ليست في الذمة اهـ ما قاله الإتقاني رحمه الله. **قوله: (وعليه الفتوى)** عزاه الإتقاني إلى شرح الجامع الصغير لقاضيخان اهـ **قوله: (وعليه الفتوى)** مكرر اهـ **قوله: (كالوديعة)** فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أو فصل اهـ إتقاني. **قوله: (فكان القول قوله)** أي القول قول المقرّ له مع يمينه اهـ **قوله: (إلا أن ينكل الخصم)** أي إلا أن ينكل المقرّ له عن اليمين فحينئذ لا ضمان على المقرّ اهـ **قوله: (وهذا بخلاف ما إذا قال)** أي المقر له اهـ **قوله: (له)** أي للمقرّ اهـ **قوله: (حيث يكون القول قول المقر)** أي وكذا في البيع مكان القرض يكون القول قول المقرّ مع يمينه بلا خلاف اهـ من خط قارئ الهداية رحمه الله. **قوله: (وقال المقرّ له بل أخذته بيعاً)** في الخلاصة أخذت منك هذا الثوب عارية وقال صاحبه بل أخذته بيعاً، فالقول قول المقر وهذا إذا لم يلبسه أما إذا لبس وهلك يضمن اهـ

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٦٦)، وأبو داود في البيوع (٣٥٦١)، وابن ماجه في الأحكام (٢٤٠٠)، وأحمد في مسنده (١٩٥٨٢).

المقرّ: أعطيتني ألف درهم وديعة فهلكت، وقال المالك: لا بل غصبتها مني **لا يضمن المقرّ** لأنه لم يقرّ بسبب الضمان بل أقر بالإعطاء وهو فعل المقرّ له، فلا يكون مقراً على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر والإقرار بالقبض **كالإقرار بالأخذ** فيوجب الضمان [والإقرار بالدفع كالإقرار بالإعطاء فلا يوجب الضمان](١). فإن قيل: إعطاؤه والدفع لا يكون إلا بقبضه فوجب أن يكون إقراراً بالقبض؟ قلنا: قد يكون هو **بالتخلية والوضع بين يديه** ولو اقتضى ذلك فالمقتضى لا عموم له لأنه ثابت ضرورة فيتقدّر بقدر الضرورة فلا يظهر في حق انعقاده سبباً للضمان، لأنه عدم في حق غيره.

قال رحمه الله: (وإن / قال هذا كان وديعة لي عندك فأخذته فقال هو لي أخذه) [٤٨ ب/٣] لأن المقرّ أقرّ باليد له ثم بالأخذ منه وهو سبب الضمان على ما بينا وادّعى استحقاقه عليه **فلا تقبل دعواه** فوجب عليه ردّ العين إن كان قائماً وإلا فقيمته. وكذا لو قال: أقرضتك ألف درهم ثم أخذتها منك يجب على المقرّ دفعها إليه لما ذكرنا.

قال رحمه الله: (وإن قال آجرت بعيري أو ثوبي هذا فلاناً فركبه أو لبسه **فردّه** فالقول للمقرّ) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: القول قول من أخذ منه البعير والثوب وهو القياس، **وعلى هذا الخلاف الإقرار بالإعارة أو الإسكان** ثم أخذه منهم **وجه القياس أنه أقرّ باليد له** ثم ادّعى عليه الاستحقاق

قوله: (لا يضمن المقر) قال الإتقاني: لأنه ما أقر بالفعل من نفسه حيث أضاف الفعل إلى المقر له فلم يكن مقراً بسبب الضمان إلا أن ينكل عن اليمين فحينئذٍ يضمن كذا قال الإمام الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير، أما إذا لم يذكر المقر لفظ الأخذ وقال أودعتني ألف درهم أو قال دفعت إليّ ألف درهم فضاعت، وقال الطالب: غصبتني وأنت ضامن فالقول قول المقر مع يمينه ولا ضمان عليه لأنه لم يقر بسبب الضمان ذكره خواهرزاده في مبسوطه في باب الإقرار بالوديعة اهـ **قوله: (كالإقرار بالأخذ)** يعني: لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له غصبتها كان ضامناً كما إذا قال أخذتها وديعة اهـ إتقاني. **قوله: (قلنا قد يكون هو)** أي الدفع والإعطاء اهـ **قوله: (بالتخلية والوضع بين يديه)** أي بدون قبضه فلا يكون مقراً بالقبض اهـ إتقاني. **قوله: (فلا تقبل دعواه)** أي دعواه الإيداع إلا بحجة اهـ إتقاني. **قوله: (فوجب عليه ردّ العين)** أي على المأخوذ منه اهـ **قوله في المتن: (فردّه)** فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب لي اهـ إتقاني. **قوله: (وعلى هذا الخلاف الإقرار بالإعارة)** أي بأن قال أعرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردّها أو قال أعرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه وردّه اهـ **قوله: (أو الإسكان)** بأن قال أسكنت فلاناً بيتي هذا ثم أخرجته فادّعى

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

فيقبل إقراره له دون دعواه **فيجب عليه الردّ** كما في فصل الوديعة والقرض على ما مر **وجه الاستحسان أن اليد في الإجارة والإعارة ثبتت** ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فلا يكون إقراراً باليد لهما مقصوداً فلا يظهر في حق الاستحقاق على المقر بخلاف الوديعة والقرض، لأن اليد فيهما مقصودة فيكون الإقرار بهما إقراراً لهما باليد، ولأن المقر في الإجارة والإعارة أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيتها ولم يقر بذلك في مسألة الوديعة والقرض فإنه قال: كان وديعة وقد يكون من غير صنعة بأن يَهبّ فيه الهواء ويلقيه في داره، حتى لو قال: أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في الوديعة ونحوها [وعدم ذكر الأخذ في الإجارة

الساكن أنه له فالقول لصاحب البيت عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الساكن بعدما يحلف أنه ما أسكنه اهـ إتقاني. **قوله**: (**وجه القياس أنه**) أي المقر اهـ **قوله**: (**أقر باليد له**) أي للمقر له اهـ **قوله**: (**فيجب عليه الردّ**) أي على المقر له اهـ **قوله**: (**وجه الاستحسان أن اليد في الإجارة والإعارة ثبتت إلخ**) قال الإتقاني: واستحسن أبو حنيفة الفرق بين مسألة الوديعة حيث جعل فيها القول قول المقر له وبين مسألة الإعارة والإجارة حيث جعل القول قول المقر وذكر القمي الفرق بينهما فقال: إنّ في مسألة الوديعة قال أخذتها منه فوجب جزاؤه وجزاء الأخذ الردّ وفي مسألة العارية قال فردّها عليّ فافترقا لافتراقهما في الوضع. قالوا في شروح الجامع الصغير: هذا الفرق ليس بشيء لأنه ذكر الأخذ في كتاب الإقرار وكذلك ذكر عن أبي يوسف ومحمد فقال: يأخذها الذي أقر أنه أخذها منه، ولأنه أقر له باليد مع ذلك وإنما الفرق من وجهين: أحدهما أن الشارع أحسن في إطلاق العواري والإجارات رفقاً بالناس وقضاء لحوائجهم مع أن المنافع معدومة وكل قياس يرجع إلى نقض هذا الاستحسان فهو باطل مثل قياس من علل بعدم المنافع لإبطال هذه العقود، وإذا كان إطلاق العواري والإجارات لمرافق الناس فلو لم يقبل قول المقر بعد ذلك لامتنع الناس عن العارية والإجارة وذهب مرافق الناس لأن الإنسان إذا عرف أنه إذا أعار أو آجر ثم ردّ عليه يصير القول قول المستعير والمستأجر امتنع عن الإجارة والإعارة خوفاً من ذهاب ماله، فإذا كان كذلك جعل القول قول المقر حتى لا تختل حوائج الناس، فهذا وجه مرجعه إلى الإجماع. والوجه الثاني: وهو الوجه الفقهي أن اليد في العارية والإجارة ليست بمقصودة بل هي ضرورية تثبت ضرورة الانتفاع بالعين فلا تظهر فيما وراء الانتفاع فلا يظهر إذن إقراره باليد لغيره ثم دعواه لنفسه، فلا يكون مقراً بالملك لغيره ثم مدعياً لنفسه بخلاف الوديعة لأن اليد في الإيداع مقصودة لأن المقصود هو الحفظ، ولا يكون الحفظ بدون اليد، فإذا كانت اليد مقصودة في الوديعة كان إقراراً بأن العين كانت في يده والإقرار باليد إقرار بالملك. وبهذا الوجه علل الشيخ أبو منصور الماتريدي[1] في شرح الجامع الصغير حيث

---

(١) هو محمد بن محمد بن محمود إمام المتكلمين توفي سنة (٣٣٣هـ)، انظر الفوائد البهية (١٩٥).

ونحوها](١) خلافاً لما توهمه عليٌّ القمي، فإنه جعل مدار الفرق ذلك وهذا لا يستقيم **لأنه ذكر الأخذ في الطرف الآخر** أيضاً في الإقرار، وذكر في النهاية: إنما الاختلاف بينهم إذا لم تكن الدابة معروفة للمقر ولو كانت معروفة له كان القول قوله بالإجماع، **وعزاه إلى الأسرار**. ولو قال: هذا الثوب خاطه لي بنصف درهم فلان ثم قبضته منه **وقال فلان الثوب ثوبي** فهو على هذا الخلاف في الصحيح **والوجه ما بيناه** خلافاً لما توهمه بعضهم، فإنهم قالوا: القول قول المقرّ بالإجماع **وليس بشيء. ولو قال: اقتضيت من فلان ألف درهم** كانت لي عليه وأنكر المقر له كان القول قوله، فله أن يأخذها منه وهذا أظهر، لأن القابض قد أقر بأنه ملكه وأنه أخذه منه اقتضاء لحقه وهو مضمون عليه إذ الديون تقضى بأمثالها، فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان، ثم ادّعى عليه ما يبرئه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدّعيه من الدَّين مقاصة والآخر ينكره، فكان القول قوله بخلاف دعوى الإجارة وأشباهها، لأنه لم يقر فيها بالملك ولا باليد له

قال: اليد في الإيداع مقصودة دون الإعارة اهـ **قوله: (لأن ذكر الأخذ في الطرف الآخر)** أي وهي الإجارة والإسكان والإعارة اهـ **قوله: (وعزاه إلى الأسرار)** لم يعزه إلى الأسرار وإنما عزاه إلى المبسوط والإيضاح اهـ **قوله: (وقال فلان الثوب ثوبي)** أعرتكه اهـ إتقاني. وكذلك الثوب يُسلم إلى الصباغ على هذا الخلاف وإن قال رب الثوب: خاط لي قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يردّ الثوب على الخياط في قولهم لأنه لم يعترف للخياط باليد لجواز أن يكون خاطه في منزله اهـ إتقاني. **قوله: (والوجه ما بيناه)** أي في الوديعة وهو قوله: أن المقر أقر باليد لفلان ثم ادَّعى الاستحقاق عليه فوجب عليه الرد كما في الوديعة إلخ اهـ **قوله: (وليس بشيء)** وفي الغاية وذلك ليس بصحيح لأنه ليس بثابت في الأصول اهـ وقال الكاكي: ولكن مشايخنا قالوا: هو على الاختلاف أيضاً إليه أشير في المبسوط اهـ **قوله: (ولو قال: اقتضيت من فلان ألف درهم إلخ)** قال في الهداية: وهذا بخلاف ما إذا قال: اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفاً ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله قال الإتقاني: أي قول المقر له أي هذا الذي ذكرنا في الإعارة والإجارة والإسكان بأنّ القول قول المقر عند أبي حنيفة خلاف ما إذا قال: اقتضيت أو قال: أقرضت وأخذت حيث يكون القول قول المقر له قال ووجه الفرق: أن الدين يقضى بالمثل فإذا أقر باقتضاء الدين وأخذ القرض كان مقراً بأخذ مثل حقه. والمثل ملك المقر له في الأصل فيكون مقراً به له فيرد على المقر له. أما في صورة الإعارة والإجارة والإسكان، فالمقبوض عين ما ادَّعى فيه هذه الأشياء فلا يكون مقراً بالملك للمقر له قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي في باب الإقرار بالجناية: وإذا أقر الرجل أنه اقتضى من فلان ألف درهم فقال فلان ما كان لك عليّ شيء ولكنك أخذتها مني ظلماً فإن المقر يؤخذ

مقصوداً ولا وجد ما يدل منه على الإقرار بوجوب ضمان المقبوض فوضح الفرق، ولأنا لو أخذنا الناس في الإعارة والإجارة بإقرارهم **لامتنعوا منهما** وكان عليهم حرج بيّن، والحاجة ماسة إليهما فلا يؤاخذون به استحساناً دفعاً للحرج. ولو قال: إن فلاناً زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم، وذلك كله في يد المقر وقال المقر له: الملك ملكي وفعلت ذلك لنفسي وقال المقر: **لا بل استعنت بك** ففعلت أو فعلته بأجر، كان القول للمقرّ لأنه لم يقر له باليد لا صريحاً ولا اقتضاء، وإنما أقر بمجرد فعل منه وذلك ممكن من غير ثبوت يده فيه بأن يفعله وهو في يد صاحبه بل جرت العادة بذلك فلا يقبل دعواه فصار كما إذا قال: خاط لي هذا القميص فلان / [٤٩ أ/٣/٢] بدرهم ولم يقل قبضته منه فإنه لم يكن إقراراً له باليد لتصوّر فعله في يدا المقر وفي بيته، بخلاف ما إذا أقر له بالسكنى في داره لأن السكنى لا تكون إلا باليد فيكون الإقرار له به إقراراً له باليد، ولو أقر أن هذا اللبن أو هذا السمن أو هذا الجبن من بقرة فلان أو هذا الصوف من غنمه أو هذا التمر من نخله وادّعى فلان أنه له أمر بالدفع إليه لأن الإقرار بملك الشيء إقرار بما يتولد منه لأنه يملك بملك الأصل.

قال رحمه اللّه: (ولو قال هذا الألف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالألف للأول وعلى المقر مثله للثاني) لأنه لما أقر به للأول صح إقراره له وصار ملكاً له [لثبوت يده][1]، وقوله بعد ذلك لا بل وديعة لفلان إضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله في حق الأول ويجب عليه ضمان مثلها للثاني لأنه أقر له بها وقد أتلف عليه بإقراره بها للأول فيضمن له لأنه متعد بإقراره للأول في حقه بخلاف ما إذا قال: هي لفلان لا بل لفلان حيث لا يجب عليه للثاني، لأنه لم يقرّ بالإيداع منه وإنما أقرّ به للأول ثم رجع وشهد به للثاني، فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل وفي مسألة الكتاب أقرّ بالإيداع من الثاني **وقد عجز عن ردّ الوديعة بفعله** فصار مستهلكاً لها فيضمن، وعلى

بردها عليه بعد أن يحلف أنه لم يكن عليه لأنه أقر بأخذ مال الغير ومطلق الأخذ سبب لوجوب الضمان وقد ادَّعى جهة مانعة من التمكين فلا يصدّق إلا بحجة وكذلك لو ادَّعاها هبةً أو صدقةً أو وديعةً لأنه ادَّعى جهة مانعة من الضمان فلا يصدق أو قال: قبضتها بوكالة من فلان كانت له عليك أو وهبتها له فأمرني فقبضتها ودفعتها إليه كان ضامناً للمال لأنه أقر بالقبض ولم تثبت الجهة التي ادَّعاها اهـ **قوله: (لامتنعوا منهما)** أي لأن الإنسان إذا عرف أنه إذا أعار شيئاً أو آجره ثم يردّ عليه يصير القول قول المستعير والمستأجر امتنع الناس عن الإجارة والإعارة خوفاً من ذهاب ماله، فإذا كان كذلك جعل القول قول المقر حتى لا تختل حوائج الناس اهـ إتقاني. **قوله: (لا بل استعنت بك)** أي على الزراعة أو البناء أو الغرس اهـ

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

هذا لو كان الألف غير معين بأن قال: لفلان عليَّ ألف لا بل لفلان يلزمه لكل واحد منهما ألف، لأن رجوعه عن الأول لا يصح وإقراره للثاني صحيح فيلزمه لهما ولو كان المقر له واحداً بأن قال: لفلان عليَّ ألف درهم لا بل ألفان يلزمه أكثرهما استحساناً وهو الألفان، والقياس أن يجب عليه المالان وهو ثلاثة آلاف وهو قول زفر رحمه اللّه، لأن كلمة لا بل رجوع عن الأول واستدراك غلط بالثاني والرجوع عن الأول لا يصح وإقراره بالمالين صحيح فلزماه فصار كما إذا اختلف المقر لهما على ما بينا أو اختلف جنس المالين بأن قال: لفلان عليَّ ألف درهم لا بل ألف دينار فإنه يلزمه المالان بالإجماع لما قلنا، فكذا هذا، وجه الاستحسان أنهما إقراران لأنه لا يملك الرجوع عن الأول لكنه عند اتحاد الجنس والمقر له أمكن جعله تكراراً كما إذا أقر له مرتين بأن قال: لفلان عليَّ ألف درهم ثم قال له عليَّ ألفان لذلك الرجل بعينه، فإنه يجب عليه ألفان، فكذا هذا ولا يمكن ذلك عند اختلاف الجنس أو اختلاف المقر له لأنه عند اختلاف الجنس يستحيل جعله تكراراً، وعند اختلاف المقر له يكون رجوعاً عن الأول والإقرار به للثاني فرجوعه لا يصح، وإقراره صحيح ولو كان ذلك في الوصف بأن قال: عليَّ ألف درهم جياد لا بل زيوف أو ألف زيوف لا بل جياد لزمه الجياد استحساناً، لأنه استدراك الغلط في الصفة فيلزمه أفضل الصفتين كما يلزمه في الاستدراك في الغلط في المقدار أكثر المالين في الجنس المتحد، لأن الأردأ داخل في الأجود كما أن الأقل داخل في الأكثر. ولو قال: غصبت فلاناً مائة درهم ومائة دينار وكرّ حنطة لا بل فلاناً لزمه لكل واحد منهما كله لأنه أقر بالغصب منهما وهو فعل منه، ولو كانت بعينها فهي للأول وعليه للثاني مثلها. ولو قال: غصبت من فلان ألف درهم وفلاناً مائة دينار وفلاناً كرّ حنطة لا بل فلاناً، فإنه يغرم للرابع ما أقر به للثالث لأنه استدراك ورجوع عن الأخير فصح إقراره لا رجوعه واللّه أعلم.

باب إقرار المريض

قال رحمه اللّه: (**دين الصحة وما لزمه في مرضه** بسبب معروف قدّم على ما أقر

إتقاني. **قوله**: (**وقد عجز عن ردّ الوديعة بفعله**) أي وهو إقراره بها للأول اهـ **قوله**: (**وإقراراً به**) الذي بخط الشارح والإقرار اهـ

باب إقرار المريض

أخر إقرار المريض إما لأن المرض عارض والأصل عدم العارض. أو لأن في إقرار المريض اختلافاً في بعض الصور كما سيجيء بيانه وإقرار الصحيح ليس فيه اختلاف فكان

به في مرض موته) وقال الشافعي رحمه اللّه: دين الصحة ودين المرض يستويان لأنهما استويا في سبب الوجوب وهو الإقرار وفي محله وهو/ الذمة إذ هي محل [٤٩ ب/٣] الوجوب في حالة الصحة والمرض فيستويان في الوجوب وصحته بصدوره عن عقل ودين لأنهما يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب، وهذا المعنى لا يختلف في الصحة والمرض، بل في حالة المرض يزداد رجحان جهة الصدق، لأن المرض سبب التورع والإنابة، فإذا استويا في سبب الوجوب والمحل استويا في الاستيفاء، **ولهذا يستويان إذا كان** وجوبه بسبب معروف كالشراء بمثل القيمة وكالتزويج بمهر المثل، ولنا أن الإقرار غير معتبر إذا كان فيه إبطال حق الغير، ألا ترى أنه إذا رهن عيناً أو آجره ليس له أن يتصرف فيه لما فيه من إبطال حق الغير وهنا أيضاً في إقراره ذلك، لأن حق أصحاب الديون تعلق بماله استيفاء، **ولهذا منع** من التبرع والمحاباة مطلقاً في حقهم غير مقدّر بالثلث بخلاف ما إذا كان سببها معروفاً كالنكاح المشاهد وغيره مما ليس من التبرعات، كالبيع المشاهد والإتلاف المشاهد، لأنه لا تهمة فيه وإنما التهمة في الإقرار والبيع لا يبطل حقهم أيضاً، لأن حقهم في المالية وهي باقية، وفي النكاح إن

أقوى وبالتقديم أولى اهـ إتقاني. وأفرد إقرار المريض بباب لكثرة أحكامه اهـ **قوله في المتن: (دين الصحة وما لزمه في مرضه إلخ)** قال الإتقاني عند قوله في الهداية: وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف بالأسباب مقدم اهـ وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه: فإذا قضيت وفضل شيء كان فيما أقر به حالة المرض وهذه الجملة تشتمل على معان ثم قال: ومنها أن دين الصحة يقدم على دين المرض عندنا حتى لو أقر من عليه دين في صحته في مرضه لأجنبي بدين أو عين مضمونة أو أمانة بأن قال: مضاربة أو وديعة أو غصب يقدم دين الصحة ولا يصح إقراره في حق غرماء الصحة فإن فضل شيء من التركة فحينئذٍ يصرف إلى غرماء المرض اهـ **قوله: (ولهذا يستويان إذا كان إلخ)** قال في المبسوط: إذا استقرض مالاً في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال إلى المستقرض أو اشترى شيئاً بألف درهم وعاين الشهود قبض المبيع أو تزوّج امرأة بمهر مثلها أو استأجر شيئاً بمعاينة الشهود، فإن هذه الديون تكون مساوية لديون الصحة وذلك لأنها وجبت بأسباب معلومة لا مردّ لها، ولأنه بالقرض والشراء لم يفوت على غرماء الصحة شيئاً لأنه يزيد في التركة مقدار الدين الذي تعلق بها ومتى لم يتعرض لحقوقهم بالإبطال نفذ مطلقاً. **قوله: (ولهذا منع)** جواب عما قال الشافعي باستواء الحالين يعني لو كان كذلك ينبغي أن لا يمنع من التبرع بالزيادة على الثلث كما في حالة الصحة فيما لم تستغرق الديون جميع ماله ولم يكن عليه دين وفي حق الثلث يمنع أيضاً إذا استغرق الدين جميع ماله اهـ كاكي. (فرع) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: ولو مرض وفي يده ألف درهم لا

كان يبطل، لكن حقه فيه من الحوائج الأصلية **كمأكله وملبسه** ومسكنه وثمن الأدوية وأجرة الطبيب ونحو ذلك، فيقدّم على حق الغرماء **بخلاف حالة الصحة** حيث ينفذ في حق الغرماء إقراره، لأن حقهم في ذمته ولم يتعلق بماله، ولهذا لم يمنع من التبرعات مطلقاً لقدرته على الاكتساب وحالة المرض حالة عجز فيمنع حتى لو أقر بعين في يده لآخر لا يصح في حق غرماء الصحة والمرض بأسباب معلومة **ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض**، لأن فيه إبطال حق الباقين، إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة، لأنه لم يبطل حقهم وإنما حوّله من محل أخرجه عن ملكه إلى محل حصله فصار كما لو ردّ عين ما استقرضه إلى المقرض أو ردّ المبيع بعيب، وهذا لأن إخراجه عن ملكه بما يعادله من العوض لا يعد إخراجاً بخلاف ما إذا تزوّج امرأة وأعطاها المهر حيث يكون لهم أن يشاركوا

مال له غيرها وليس عليه دين الصحة فاقر بدين ألف درهم ثم أقرّ بأنّ الألف التي في يده وديعة لفلان أو مضاربة ثم أقر بدين ألف درهم ثم مات قُسمت الألف بينهم أثلاثاً، لأنه لما أقر بالدين أولاً فقد تعلق حق الغرماء بالألف التي في يديه، فإذا أقر بأنها وديعة فقد أقر بوديعة مستهلكة لأنه لا يمكنه التسليم إلى المقر له فيكون إقراراً بالدين معنى والكل في حالة المرض فاستوت الديون في التعلق ولو قال صاحب الدين الأول: لا حق لي قبل الميت أو قد أبرأته من ديني كانت الألف بين صاحب الوديعة والغريم الآخر نصفين لأن البراءة وجدت بعد تعلق الكل فلا يتغير الحكم ولا يبطل حق الآخر بإبراء الأول ولو لم يبرئه الأول ولكنه أكذبه في الإقرار وردَّه كانت الألف كلها للمقر له بالوديعة لأنه بالإكذاب تبين أنه لا حق له ولا تعلق فيكون الإقرار بالوديعة بعينها سابقاً على الإقرار بالدين فيسبقه في التعلق لما بينا كذا في شرح الكافي اهـ إتقاني. **قوله: (كمأكله وملبسه إلخ)** فإن قيل: لو تزوج وهو شيخ كبير لا يولد له عادة أو المرأة آيسة أو كان لا يحتاج إليه بسبب أن له نساء وجواري ينبغي أن لا يشارك لأن هذا النكاح لم يكن من الحوائج الأصلية. قلنا: النكاح في أصل الوضع من الحوائج والعبرة للأصل لا للعارض وهذه العوارض مما لا يوقف عليها ليبتنى الأمر عليها إليه أشير في الأسرار اهـ **قوله: (بخلاف حالة الصحة إلخ)** جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال: ينبغي أن لا يصح إقراره في الصحة بالدين إذا كان عليه دين لما أن الدين تعلق بماله، فقال: لم يتعلق في حال الصحة بالمال للقدرة على الاكتساب فيتحقق التميز فلم تقع الحاجة إلى تعليق حق الغرماء بماله وهذه أي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب إذ المريض عاجز عن الكسب فتعين ما في يده حق الغرماء اهـ كاكي. **قوله: (ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض)** يعني إذا قضى المريض بعض الديون من ديون الصحة والديون المعروفة الأسباب يردّ ذلك ويجعل بين الغرماء بالحصص إلا إذا قضى

المرأة فيما قبضت، وكذا إذا استأجر عيناً وأوفى أجرتها فإنهم يشاركونه، لأنه أخرج عن ملكه ما تعلق به حقهم من غير عوض يقوم مقامه في تعلق حقهم به، لأن المنافع لا يتعلق حقهم بها فصار كأنه قضى حق بعض الغرماء ولهم فيه أن يشاركوه فكذا هذا، فإن قيل: يصح إقراره بوارث آخر وفيه إبطال حق غيره من الورثة لا سيما إذا كان المقر له يحجب غيره فوجب أن يجوز إقراره بالدين وإن كان فيه إبطال حق غيره من الغرماء بالمزاحمة أيضاً، بل أولى لأنه أدنى من الحجب. قلنا: إنّ استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً فيضاف إلى الموت، ولهذا لو شهدا بالنسب قبل الموت ثم مات [المشهود عليه وورث][(١)] المشهود له منه المال ثم رجعاً لم يضمنا شيئاً، لأنه ورث بالموت فأما الدين فلا يجب بالموت بل بالإقرار فيمنع من ذلك في حقهم ودين المرض إذا كان سببه غير معروف لا يمنع صحة الإقرار، لأن أحوال المرض كلها **بمنزلة حالة واحدة** في حق الحجر فيستوي فيها السابق واللاحق، كما أن أحوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الإطلاق، بخلاف حالة الصحة مع حالة المرض، لأنهما مختلفان صفة من الإطلاق والحجر فيقدّم دين الإطلاق على ما أقر به في حالة الحجر كالعبد المأذون له إذا حجر عليه ثم أقر بما في يده يقبل إقراره به ويقدّم فيه دينه في حالة الإذن لما ذكرنا، فكذا هذا. فإذا صح إقراره نفذ من جميع المال والقياس أن لا ينفذ إلا من الثلث لأن الشرع قصر تصرفه على الثلث، وعلق حق الورثة بالثلثين، فكذا إقراره ولكن ترك بالأثر **وهو ما روي/ عن ابن عمر** رضي اللّه تعالى عنهما أنه قال: «إذا أقر [٥٢ أ/٣]

القرض أو أدّى ثمن المبيع فيكون المقرض والبائع أحق بذلك فليس لغرماء الصحة وغيرهم شيء من ذلك اهـ إتقاني. **قوله: (بمنزلة حالة واحدة)** جواب سؤال وهو أنه ينبغي إذا أقر في حالة المرض ثانياً أن لا يصح لتعلق حق المقر له الأول بماله كما لا يصح إقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بماله اهـ كاكي. **قوله: (وهو ما رُوي عن ابن عمر إلخ)** قال في الهداية: لقول عمر رضي اللّه عنه: إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته. قال الإتقاني: فيه نظر لأنه روي في مبسوط خواهرزاده وغيره: عن ابن عمر لا عن عمر وكذلك روي في الأصل حدَّث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد اللّه العرزمي عن نافع عن ابن عمر أنه قال: إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله اهـ وكتب ما نصه: قال الإتقاني: ولكنهم استحسنوا جواز إقراره في الجميع لما روي عن ابن عمر رضي اللّه عنهما أنه قال: إذا أقر الرجل في مرضه بدين

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته»[١]. والأثر في مثله كالخبر لأنه من المقدرات، فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبي ﷺ، ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية، لأن فيه تفريغ ذمّته ورفع الحائل بينه وبين الجنة **فيقدّم على حق الغرماء** كسائر حوائجه على ما بينا، لأن شرط تعلق حقهم الفراغ عن حقه، ولهذا يقدّم كفنه عليهم.

قال رحمه الله: (وأخر الإرث عنه) أي عن الديون التي أقر بها في حالة المرض لما بينا آنفاً.

قال رحمه الله: (**وإن أقر المريض لوارثه بطل إلا أن يصدقه** بقية الورثة) وقال الشافعي رحمه الله: يجوز إقراره له بناء على أصله أنه لا يحجر عليه فيما فيه فكاك رقبته لما فيه من إظهار حق ثابت عليه وجانب الصدق راجح فيه **فصار كإقراره** لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث، وهي معروفة بأن أودعها على رؤوس الأشهاد. **ولنا قوله عليه الصلاة والسلام**: «**لا وصية** لوارث ولا إقرار له بالدين»[٢] وقول ابن عمر رضي الله تعالى عنهما: إذا أقرّ الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن

لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط بماله ولا يعرف له مخالف فحل محل الإجماع ولأنه غير متهم في حق الأجنبي فينفذ إقراره في الجميع كالصحيح بخلاف إقراره لوارث حيث لا يصح لأنه متهم لجواز إيثاره على باقي الورثة اهـ (فرعان) مريض عليه دين يحيط بماله فأقر المريض بقبض وديعة أو عارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح إقراره لأن الوارث لو ادّعى رد الأمانة إلى وارثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث. مريض عليه دين يحيط بماله وله على رجل دين الصحة فأقرّ المريض باستيفاء ذلك الدين من مديونه صح إقراره اهـ قاضيخان. **قوله**: (**فيقدم على حق الغرماء**) صوابه على حق الورثة فتأمل اهـ **قوله في المتن**: (**وإن أقرّ المريض لوارثه بطل**) ذكر في الجامع الكبير إذا أقرّ الرجل لامرأته بدين المهر يصح إقراره إلى مهر مثلها وإن كان هذا إقراراً للوارث لأن هذا دين لا تهمة فيه فلا يمنع صحة الإقرار للوارث اهـ تتمة. **قوله**: (**إلا أن يصدقه إلخ**) وتصديق بقية الورثة هنا صحيح وإن كان في حياة المقر بخلاف الوصية لوارث والوصية بما زاد على الثلث فلا عبرة لتصديق الوارث فيهما في حياة الموصي اهـ كذا ذكره العمادي في الفصل الثاني والثلاثين في كتاب العتاق من أحكام المرضى اهـ **قوله**: (**فصار كإقراره**) أي له حالة الصحة وإقراره اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولنا قوله ﷺ لا وصية إلخ**) قال الإتقاني: ولنا حديث الدارقطني عن رسول الله ﷺ

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١١١).

(٢) أخرجه الترمذي في الوصايا (٢١٢٠) بنحوه، والنسائي في الوصايا (٣٦٤١) بدون لفظ «وإقرار له بالدين»، وأبو داود في الوصايا (٣٥٦٥).

أحاط ذلك بماله، وإن أقر لوارث فغير جائز إلا أن يصدّقه الورثة، ولأن فيه إيثار بعض الورثة بماله بعد ما تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من إبطال حق البقية كالوصية له وإنما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يمكن من إبطال حقهم بالإقرار لورثته كما لا يمكن بالوصية لهم وهو القياس في الإقرار للأجنبي إلا أنّا تركناه، لأنه لو لم يقبل إقراره لامتنع الناس عن معاملته حذراً من اتواء أموالهم فينسدّ عليه طريق التجارة والمداينة فَيُحْرَج حرجاً عظيماً، فلا يحجر عليه في حقه لحاجته إلى المعاملة كما لا يحجر عليه في حقه من التبرع إلى الثلث لحاجته إلى التقرب إلى الله تعالى فيه بخلاف الوارث، لأن المعاملة معه نادرة إذ يمكن التحرز عنه من غير حرج فلا يؤدّي إلى سدّ بابها، والإقرار بالنسب من حوائجه الأصلية لأنه يحتاج إلى بقاء نسله وحاجته مقدّمة على حق الورثة، ولأن الإقرار بالنسب ليس فيه إبطال حقهم قصداً وإنما يبطل حقهم بالموت بشرط أن يتحد دينهما، وفي الإقرار يبطل في الحال بإقراره قصداً فافترقا ولا تهمة في الإقرار بالوديعة المستهلكة على الصفة التي ذكرناها فيقبل إقراره، لأن ردّه كان للتهمة فانتفى الحكم بانتفائها، ألا ترى أنا لو كذبناه فمات وجب الضمان من ماله، لأنه مات مجهلاً وعليه بينة فلا فائدة في تكذيبه حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل إقراره باستهلاكها إلا أن يصدّقه بقية الورثة، لأن الحجر كان لحقهم فإذا صدّقوه فقد أقروا بتقدّمه عليهم فيلزمهم، وكذا لو كان له دين على وارثه فأقر بقبضه لا يصح إلا أن يصدقه البقية.

قال رحمه الله: (وإن أقر لأجنبي صح وإن أحاط بماله) والقياس أن لا يصح أصلاً كما في حق الوارث أو بما زاد على الثلث كتبرعاته وقد ذكرنا جوابه وهو وجه الاستحسان.

قال رحمه الله: (وإن أقر لأجنبي ثم أقر ببنوّته ثبت نسبه وبطل إقراره وإن [أقر][1] لأجنبية ثم نكحها صح بخلاف الهبة والوصية) حيث لا يصحان لها أيضاً، كما لا يصح للوارث، وقال زفر رحمه الله: يبطل الإقرار لها أيضاً لأنها وارثة عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب فصار كما إذا وهبها أو أوصى لها وهي أجنبية ثم تزوّجها فإنها لا تجوز وهو المراد بقوله في المختصر بخلاف الهبة والوصية، ولنا أن النسب يستند إلى حالة العلوق / [٥٢ ب/٣] فيتبين أن البنوة كانت حالة الإقرار فلا يجوز ولا كذلك الزوجية فإنها حادثة فتكون مقتصرة على زمان التزوج، فلا يظهر أنّ إقراره كان باطلاً لعدم الزوجية في تلك الحالة بخلاف ما إذا وهبها شيئاً أو أوصى لها بشيء ثم تزوجها حيث تبطل الهبة والوصية لها لأن الوصية تمليك بعد الموت

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

وهي وارثة حينئذ فلا يصح، والهبة في المرض وصية حتى لا تنفذ إلا من الثلث على ما يأتي بيانه في الوصية إن شاء اللّه تعالى فصارت كالوصية فحاصله أن الوصية لا تعتبر إلا عند الموت على كل حال، وأما الإقرار فلا يخلو إما أن يكون المقر له وارثاً وقت الإقرار دون الموت أو كان وارثاً فيهما ولم يكن وارثاً فيما بينهما أو لم يكن وارثاً وقت الإقرار وصار وارثاً وقت الموت، فإن كان وارثاً وقت الإقرار دون وقت الموت بأن أقر لأخيه مثلاً **ثم ولد له ولد** يصح الإقرار لعدم كونه وارثاً وقت الموت، **وإن كان وارثاً فيهما** لا فيما بينهما بأن أقر لامرأته ثم أبانها وانقضت عدّتها ثم تزوّجها أو والى رجلاً فأقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقداها ثانياً **لا يجوز الإقرار عند أبي يوسف** رحمه اللّه لأن المقر متهم في الطلاق وفسخ الموالاة ثم عقده ثانياً. وعند محمد رحمه اللّه يجوز لأن شرط امتناع الإقرار أن يبقى وارثاً إلى الموت بذلك السبب ولم يبق ولأنه لما صار أجنبياً نفذ الإقرار كما لو أنشأه في ذلك الوقت، ألا ترى أنه لو لم يعقد ثانياً كان جائزاً فكذا إذا عقد، وإن لم يكن وارثاً وقت الإقرار ثم صار وارثاً وقت الموت ينظر، فإن صار وارثاً بسبب كان قائماً وقت الإقرار بأن أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبل الأب **لا يصح إقراره**، وإن صار وارثاً بسبب جديد كالتزوّج وعقد الموالاة جاز، وقال زفر رحمه اللّه: لا يجوز لأن الإقرار حصل للوارث وقت الموت فصار كما إذا صار وارثاً بالنسب، ولنا أن الإقرار حين صدر حصل للأجنبي لا للوارث

أنه قال: «لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين» اهـ **قوله: (ثم وجد له ولد)** أي وبقي الولد إلى أن مات المورث اهـ إتقاني. **قوله: (وإن كان وارثاً فيهما إلخ)** قال الإتقاني: وإن كان يوم أقرّ وارثه بموالاة أو زوجية ويوم مات وارثه وقد خرج فيما بين ذلك من أن يكون وارثه ببينونة أو فسخ للموالاة فالإقرار باطل في قول أبي يوسف الأول وهو جائز في قوله الأخير وهو قول محمد هو يقول: العبرة لحالة الإقرار وحالة الموت لأن حالة الإقرار حالة انعقاد السبب وحالة الموت حالة ثبوت الحكم وفيما بين ذلك لا عبرة به لأنه لا تعلق للحكم به ومحمد يقول: بأن الإقرار وجد في حال كونه أجنبياً والإقرار للأجنبي صحيح. قوله حال نفاذه هو وارث. قلنا: نعم ولكن بسبب جديد فلا يكون الإرث مضافاً إلى السبب السابق لأن الثاني غير الأول وصار كما لو أقر لأجنبية ثم تزوجها أليس أنه لا يبطل إقراره كذلك هاهنا اهـ وقد علم منه أن قول الشارح لا يجوز الإقرار عند أبي يوسف هو قول أبي يوسف الأول الذي رجع عنه اهـ **قوله: (لا يجوز الإقرار عند أبي يوسف)** قد رجع أبو يوسف عن هذا ووافق محمداً كما يعلم ذلك من الحاشية التي قبل هذه اهـ وقد ذكر في المبسوط وفتاوى قاضيخان الخلاف بين أبي يوسف ومحمد كما ذكره الشارح من غير ذكر رجوع أبي يوسف إلى قول محمد اهـ **قوله: (لا يصح إقراره)** أي لأنه لو نفذ نفذ في حالة كونه وارثاً

فنفذ ولزم فلا يبطل، بخلاف الهبة لأنها وصية، ولهذا تعتبر من الثلث فتعتبر وقت الموت **بخلاف ما إذا صار وارثاً بالنسب** بأن أقر مسلم مريض لأخيه الكافر ثم أسلم قبل موته أو كان محجوباً بالابن ثم مات الابن حيث لا يجوز الإقرار له لأن سبب الإرث **كان قائماً وقت الإقرار** ولو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز إقراره عند أبي يوسف أولاً، لأن إقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء، وقال آخراً يجوز وهو قول محمد، لأنه بالموت قبل موت المريض خرج من أن يكون وارثاً وكذلك لو أقر لأجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر لأن إقراره كان للأجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته، **وكذلك** لو أقر المريض بعبد لأجنبي وقال الأجنبي: هو لفلان وارث المريض يصح إقراره لما ذكرنا، ولو أقر الأجنبي أنه حرُّ الأصل أو كان أعتقه عتق ولا شيء عليه.

قال رحمه اللّه: (ولو أقر لمن طلقها ثلاثاً فيه) أي في المرض (فلها الأقل من الإرث والدين) هذا إذا طلقها بسؤالها، وإن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغاً ما بلغ، ولا يصح الإقرار لها لأنها وارثة إذ هو فارّ وقد بيناه في طلاق المريض بخلاف ما إذا طلقها بسؤالها فإنها لا ترث، لكن لما أقر لها بالدين بقيا متهمين فيه، لأن الزوجين قد يتفقان على الطلاق لينفتح باب الإقرار لها فتعطى أقلهما **رداً لقصدهما**، وعلى هذا إذا أوصى لها تعطى الأقل من/ [٥٣ أ/٣] ميراثها منه ومن الوصية لما ذكرنا. وقد ذكرنا المسألة بشعبها في الطلاق.

فيصير إقراراً للوارث فلا يجوز اهـ إتقاني. **قوله**: (**بخلاف ما إذا صار وارثاً بالنسب**) قال في وصايا الجامع الصغير: ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالإقرار باطل لأنه حين أقرّ كان سبب التهمة بينهما قائماً وهو القرابة التي صار بها وارثاً في ثاني الحال وليس هذا كالذي أقرّ لامرأة ثم تزوّجها لأن سبب التهمة لم يكن قائماً وقت الإقرار وذكر فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير خلاف زفر في الإقرار لابنه وهو نصراني أو عبد فقال: إن الإقرار صحيح عند زفر لأنه وقت الإقرار لم يكن وارثاً اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله**: (**كان قائماً وقت الإقرار**) إلا أنه امتنع عملها لمانع فإذا زال المانع عمل السبب من ذلك الوقت وهاهنا بخلافه اهـ إتقاني. **قوله**: (**وكذلك**) أي الحكم والخلاف السابق اهـ **قوله**: (**رداً لقصدهما**) أي ولا تهمة في الأقل هذا إذا كان موته قبل انقضاء العدة فإن مات بعده جاز إقراره فإذا أقر لها بدين المهر فقد قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: ولو أقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتُحاصّ غرماء الصحة به لأنه أقرّ بما يملك إنشاءه فانعدمت التهمة ولو أقرّت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لأنها أقرت بدين للزوج لأن

قال رحمه الله: (وإن أقر بغلام مجهول يولد لمثله) أي لمثل المقر (أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه ولو مريضاً وشارك الورثة) لأن النسب من الحوائج الأصلية وهو أيضاً إقرار على نفسه على ما بيناه وليس فيه ضرر على غيره قصداً فيصح وقد ذكرناها في الدعوى والعتاق، **وشرط أن لا يكون له نسب معروف**، لأنه إذا كان له نسب معروف لا يمكن ثبوته منه ولا حاجة إلى إثباته لاستغنائه به عنه، وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكذبه الظاهر، وشرط أن يصدّقه الغلام، لأن الحق له فلا يثبت بدون تصديقه إذا كان مميزاً والكلام فيه بخلاف ما إذا كان لا يعبر عن نفسه حيث لا يعتبر تصديقه لأنه في يد غيره وقد ذكرناه من قبل، فإذا صح إقراره **شارك الورثة** في الميراث لأنه من ضرورات ثبوت النسب.

قال رحمه الله: (**وصح إقراره**) أي إقرار الرجل (**بالولد والوالدين**) لأنه إقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير وشرطه ما بينا في الابن.

قال رحمه الله: (**والزوجة والمولى**) لأن موجب إقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير إضرار بأحد فينفذ.

القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصاً، والإقرار بالدين للوارث لا يصح. وقال في الفتاوى الصغرى: المريضة إذا أقرّت باستيفاء مهرها فإن ماتت وهي منكوحة أو معتدّة لا يصح إقرارها، وإن ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح ونقله عن إقرار الجامع اهـ إتقاني. **قوله**: (**وشرط**) أي المصنف ثلاثة شروط الأول اهـ **قوله**: (**أن لا يكون له نسب معروف**) أي لأن معروف النسب لا يصح دعوى نسبه لأنه إذا ثبت من أحد لا يقبل الفسخ بعد ذلك اهـ إتقاني. **قوله**: (**شارك الورثة**) أي ولا يصح الرجوع بعد ذلك اهـ اختيار. **قوله في المتن**: (**وصح إقراره بالولد والوالدين**) في النهاية ما ذكر هنا من صحة إقرار المقر بالأمّ حيث قال بالوالدين موافق لرواية التحفة ورواية شرح فرائض السراجي لمصنفه ومخالف لعامة النسخ في المبسوط والإيضاح والجامع وغيرها اهـ معراج. **قوله في المتن**: (**والزوجة**) أي إذا صدقته وكانت خالية من الزوج وعدّته ولم يكن تحت المقر أختها أو أربع سواها وأراد بالمولى مولى العتاقة سواء أراد المعتق أو المعتق فإن الإقرار لكل واحد منهما صحيح إذا صدقه المقر له ولا ولاؤه ثابتاً من غيره اهـ **قوله في المتن**: (**والمولى**) أطلق المولى ليشمل الأعلى والأسفل جميعاً، ولهذا قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: ويجوز إقرار الرجل بالولد والوالد والزوجة والمولى من فوق ومن تحت إذا صدقه الآخر لأن الحكم لا يعدوهما فيكون إقراراً على أنفسهما فيقبل ولا يجوز إقراره بغير هؤلاء الأربع ويجوز إقرار المرأة بالولد والزوج والمولى ولا يجوز بغير هؤلاء الثلاثة لما ذكرنا أن إقرارها في حق هؤلاء إقرار على نفسها وفيما عداه إقرار علي الغير ولا

قال رحمه الله: (وإقرارها) أي يصح إقرار المرأة (بالوالدين والزوج والمولى) لأن الأصل أن إقرار الإنسان على نفسه حجة لا على غيره وبالإقرار بهؤلاء ليس فيه إلا إلزام نفسها فيقبل.

قال رحمه الله: (وبالولد إن شهدت قابلة أو صدّقها الزوج) أي يقبل إقرار المرأة به بهذا الشرط لأن قول القابلة حجة في تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش»[1] والزوج هو صاحب الحق فإذا صدّقها فقد أقرّ به فلزمهما بالإقرار له هذا إذا كانت ذات زوج أو معتدة وادّعت أن الولد منه لأن فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها، أما إذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة أو كان لها وادّعت أن الولد من غيره صح إقرارها لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها فينفذ عليها فصار كما إذا ادّعى هو الولد فإنه لو ادّعى أنه ولده من امرأته لا يصدّق في حقها إلا بتصديقها.

قال رحمه الله: (ولا بدّ من تصديق هؤلاء) يعني تصديق المقر له في جميع ما تقدم ذكره، لأن إقرار غيرهم لا يلزمهم لأن كلاً منهم في يد نفسه إلا إذا كان المقر له صغيراً في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبداً له فيثبت نسبه بمجرد الإقرار، ولو كان عبداً لغيره يشترط تصديق مولاه.

قال رحمه الله: (وصح التصديق بعد موت المقر إلا تصديق الزوج بعد موتها) يعني إذا أقر بنسب أو نكاح ثم مات المقر فصدّقه المقر له بعد موته صح تصديقه إلا إذا أقرت المرأة بالزوج فصدّقها بعد موتها فإنه لا يصح، أما الأول فلأن النسب يبقى بعد الموت وكذا إقرار الزوج بالزوجية فصدقته بعد موته، لأن حكم النكاح باقٍ في حقها وهو العدّة فإنها من آثار النكاح، ولهذا جاز لها غسله ميتاً كما في حالة الحياة. وأما الثانية وهي ما إذا [أقرت المرأة بالزوجية فصدّقها بعد موتها][2] فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز تصديقه بعد موتها، لأن النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهي متقرر فيصح تصديقها، وهذا لأن النكاح يبقى بعد / موتها [٥٣ ب/٣]

يجوز إقرار المرأة بالولد وإن صدقها ولكنهما يتوارثان إن لم يكن لهما وارث معروف لأنه اعتبر إقرارها في حقها ولا يقضي بالنسب لأنه لا يثبت بدون الحجة وهو شهادة القابلة فإن شهدت لها امرأة على ذلك وقد صدقها الولد ثبت نسبه منها وكذلك إن لم تشهد لها امرأة وقد صدقها زوجها فيه ثبت النسب منهما لأن النسب يثبت بتصادقهما لأنه لا يتعدّى إلى

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) ما بين معكوفتين وردت في المخطوط [وأما إذا أقر الرجل بالزوجية فصدقته بعد موتها].

في حق الإرث والإقرار قائم، لأن التكذيب من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فيرث منها إذ الثابت بتصادقهما كالثابت عياناً، ولهذا لو أقام البينة بعد موتها على النكاح تقبل ولولا أن النكاح قائم في حق الإرث لما قبلت، فكذا بتصادقهما يعمل فيه أيضاً كالبينة، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن النكاح قد انقطع بالموت ولم يبق له أثر، وأما الإرث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح إنما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت. وأما المستقبل فالنكاح معدوم فيه فلو صححنا الإقرار والنكاح معدوم صححناه لإثبات الإرث ابتداء فيكون التصديق واقعاً في شيء هو معدوم في الحال من كل وجه فلا يجوز بخلاف جانبها، لأنه أمكن جعل النكاح باقياً ببقاء أثره وهو العدّة على ما مرّ. فإن قيل إذا أقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسباً اكتسبه بعد الإقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والإرث في مسألتنا بمنزلة الكسب فوجب أن يصح تصديقه في حقه. قلنا: الكسب يقع ملكاً لمالك الرقبة من الابتداء، لأنه في حكم المنفعة، ومن ملك رقبة ملك منافعها حكماً تبعاً لها فيصير الإقرار بالعبد إقراراً له بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد وأما الإرث فإنما يثبت بعد موتها على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الإقرار لأن المستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقه بعد ذلك دعوى إرث مبتدأ فلا يصح، وهذا لأن ما أقرت به هي نكاح وما ادّعاه هو بعد موتها إرث فلا يكون تصديقاً لها فيما أقرت به بل هو دعوى مبتدأة فلا تقبل دعواه بلا حجة بخلاف ما إذا أقام البينة فإنها حجة ملزمة فيثبت بها مدعاه.

قال رحمه اللّه: (وإن أقر بنسب نحو الأخ والعم لم يثبت) يعني إذا أقر بنسب على غيره لم يثبت من ذلك الغير لعدم ولايته عليه وذلك مثل الأخ والعم فإنه إقرار على الأب أو الجد بأنه ابنه، وكذا إذا أقر بالجد أو بابن الابن فإنه لا يصح فإن فيه حمل النسب على الغير فلا يجوز بدون إقامة البينة، إلا في حق نفسه حتى تلزمه الأحكام من النفقة والحضانة والإرث إذا تصادقا على ذلك، لأن إقرارهما حجة عليهما.

قال رحمه اللّه: (فإن لم يكن له وارث غيره قريب أو بعيد ورثه وإن كان لا) أي إن كان للمقر وارث لا يرث المقر له لأن النسب لم يثبت بإقراره فلا يستحق الميراث مع وارث معروف قريباً كان ذلك الوارث كذوي الأرحام أو بعيداً كمولى الموالاة، وإن لم يكن له وارث غيره ورثه، لأن إقراره حجة في حق نفسه فيقبل عند عدم الإضرار بغيره وهذا لأنه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في النسب مقر على غيره فيردّ وفي استحقاق ماله مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم، لأن له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث يضعه حيث شاء حتى كان له أن يوصي

بجميع ماله، فكذا له أن يجعله لهذا المقر له لأنه وصية من وجه حتى كان للمقر أن يرجع عن الإقرار، لأن نسبه لم يثبت فلا يلزمه كالوصية إرث من وجه حتى لو أوصى لغيره بأكثر من الثلث لا ينفذ إلا باجازة المقر له ما دام المقر مصراً على إقراره كأنه وارث حقيقة.

قال رحمه الله: (ومن مات أبوه فأقر بأخ شركه في الإرث ولم يثبت نسبه)

[٥٤ / ٣/١] لما/ ذكرنا أن إقراره مقبول في حق نفسه غير مقبول في حق غيره نظيره مشتري العبد إذا أقر على البائع أنه أعتقه قبل البيع لم يقبل قوله في حق البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن ويقبل في حق نفسه حتى يعتق العبد، فإذا قبل إقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقاً عندنا، وعند مالك وابن أبي ليلى يجعل إقراره شائعاً في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطي المقر نصف ما في يده، وعندهما ثلث ما في يده لأن المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فنفذ إقراره في حصته وبطل ما كان في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه بطل إقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول: أن في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بإنكاره، فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية، ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده وعندهما تأخذ خمسة ولو أقرّ ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين

غيرهما كذا في شح الكافي اهـ اتقاني. **قوله: (لأنه وصية من وجه)** قال في الهداية: لكنه بمنزلته قال الإتقاني: استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة أي لكن الإقرار بنسب الأخ والعم بمنزلة الإيصاء بالمال. ولهذا لو أقر في مرضه به وصدقه المقر له ثم أنكر المقر النسب ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان المال للموصى له بالجميع ولو لم يوص لأحد كان المال لبيت المال لأن رجوعه لما صح بطل الإقرار أصلاً وينبغي لك أن تعرف أن الرجوع عن الإقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لأن النسب لم يثبت لكونه تحميلاً على الغير وليس له ذلك أما إذا ثبت النسب لا يصح الرجوع بعد ذلك لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته، ولهذا بينا في آخر كتاب الدعوى في قوله: وإذا كان الصبي في يد رجل قال: هو ابن عبدي الغائب ثم قال: هو ابني لم يكن ابنه أبداً لأن النسب إذا ثبت لا ينتقض بالجحود والتكذيب اهـ وكتب ما نصه: قال الإتقاني: وليس هذا بوصية في الحقيقة بدليل أنهم قالوا فيمن أقر بأخ ولا وارث له ثم أوصى لرجل بجميع ماله أن للموصى له الثلث والباقي للأخ ولو كان الأخ يستحق الوصية وجب قسمة الثلث بينهما فظهر بهذا أنهم جعلوه في حكم الموصى له بمعنى أنه يستحق المال بقول المريض وليس

أخماساً، وعندهما أرباعاً والتخريج ظاهر، ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده، ولو أقر بجدة هي أم الميت أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به. وقال في الإيضاح: لو أقر أحد الابنين المعروفين بزوجة للميت أخذت تسعي ما في يده، لأن في زعم المقر أن التركة بينهم على ستة عشر سهماً للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب الابن بقدر حقه وهو سبعة فيحصل لها سهمان من تسعة وله سبعة، وعلى قول مالك وابن أبي ليلى لها ثمن ما في يده لأن إقراره إنما يصح بسهم واحد يعني من ستة عشر وله سبعة أسهم.

قال رحمه الله: (وإن ترك ابنين وله على آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها **فلا شيء للمقر وللآخر خمسون**) لأن الإقرار باستيفاء الدين إقرار بالدين على الميت لأن المقبوض غير الدين فيكون مضموناً على القابض ديناً في ذمته ثم يتقاصان، فإذا كذبه أخوه لا يصدق عليه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت خمسون درهماً على زعمه والدين مقدّم على الميراث فاستغرق نصيبه فلا يأخذ منه شيئاً كما إذا أقر عليه بدين آخر وكذبه أخوه وليس له أن يشارك أخاه في الخمسين وإن تصادقا على أنه مشترك بينهما **لأنه لو رجع المقر على أخيه** لرجع أخوه على الغريم

هناك نسب ثابت يستند الاستحقاق إليه اهـ **قوله في المتن: (فلا شيء للمقر وللآخر خمسون)** وذلك لأن المائة صارت ميراثاً بينهما فلما أقر أحدهما باقتضاء أبيه صح ذلك في نصيبه خاصة لا في نصيب أخيه فبقيت حصة الآخر كما كانت فيجعل كان المقر استوفى نصيبه ولأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون لأن الديون تقضى بأمثالها فيجب للمطلوب على الطالب بقبض الطالب مثل ما وجب للطالب على المطلوب فيلتقيان قصاصاً فيسقط ما على المطلوب، فإذا كذبه أخوه في الإقرار لم ينفذ الإقرار على المنكر فينفذ في حق المقر خاصة فيسقط نصيب المقر. وأورد الفقيه أبو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير سؤالاً وجواباً فقال: فإن قيل يزعم هذا المقرّ أن أباه قد قبض الخمسين والخمسون الباقية بينهما نصفان فَلِمَ يبطل حقه في الكل؟ قيل له: لو أخذ من تلك الخمسين شيئاً أدّى ذلك إلى الدور والتناقض لأنه لو أخذ منه كان للابن الآخر أن يأخذ من المطلوب تمام الخمسين لأن الابن المنكر يقول لم يأخذ أبي من الدين شيئاً ولي تمام خمسين فله أن يرجع على الغريم بتمام خمسين ثم للغريم أن يرجع على الابن المقر بما أخذه من أخيه، وإذا كان يؤدّي إلى هذا ليس له أن يشاركه فيما قبض المنكر من الخمسين اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه لو رجع المقر على أخيه)** أي وأخذ منه نصف الخمسين التي قبضها من الغريم اهـ **قوله: (بما**

بما بقي من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على الخمسين مما أخذه من أخيه المكذب، لأن الوارث لا يأخذ شيئاً إلا بعد قضاء الدين فيؤدّي إلى الدور وعلى مذهب ابن أبي ليلى أن المقر يحصل له نصف الخمسين لأنه يصرف الإقرار إلى الكل شائعاً لأنه أقر على نفسه وعلى أخيه فإقراره في حقه مقبول فيصح، وفي حق أخيه لا يقبل فلا يصح، ولو أقر أن أباه قبض كل الدين والمسألة بحالها كان جوابه كالأولى إلا أنه هنا يحلف المنكر لحق المدين بالله ما يعلم أنه قبض الدين فإن نكل برئت ذمّته، وإن حلف دفع إليه نصيبه بخلاف المسألة الأولى حيث لا يحلف لحق الغريم، لأن حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة إلى تحليفه وهنا لم يحصل له إلا النصف فيحلفه، ولو ترك الميت في هذه الصورة مائة أخرى غير الدين والمسألة بحالها فاقتسماها رجع المكذب على الغريم بنصيبه من المائة الدين لما قلنا، وللغريم أن يحلفه لما بينا، فإن نكل برئت ذمته وإن حلف / [٥٤ ب/٣] أخذ نصيبه وهو خمسون درهماً من الغريم، ثم يرجع الغريم بذلك على المقر يأخذه منه من نصيبه من التركة، لأنه لما أقر بقبض أبيه المائة فقد أقر عليه بالدين والدين مقدّم على الميراث على الوجه الذي بيناه والله أعلم بالصواب.

بقي من الدين) أقول: كان ينبغي أن يقول بتمام الخمسين إذ لا حق للأخ المنكر فيما زاد على الخمسين حتى يكون له المطالبة به اهـ

كتاب الصلح

قال رحمه اللّه: (**هو عقد يرفع النزاع**) هذا في الشرع وفي اللغة هو اسم بمعنى المصالحة **وهو المسالمة** خلاف المخاصمة **وأصله من الصلاح** وهو ضد الفساد ومعناه دال على حسنه الذاتي وكم من فساد انقلب به إلى الصلاح بحسنه، ولهذا أمر اللّه تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾ [الحجرات: ٩]، وقال تعالى: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨]، **قالوا: معناه جنس الصلح** خير ولا يعود إلى الصلح المذكور لأنه خرج مخرج

كتاب الصلح

قد مرّ وجه مناسبة الصلح والإقرار بالدعوى في أول الإقرار اهـ **قوله في المتن: (هو عقد يرفع النزاع)** ركنه الإيجاب والقبول وشرطه أن يكون البدل المصالح عليه مالاً معلوماً إن احتيج إلى قبضه وإلا لا يشترط معلوميته فإنّ من ادَّعى حقاً في دار وادَّعى المدَّعى عليه قبله حقاً في حانوته فتصالحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وإن لم يبين كل واحد منهما مقدار حقه لأن جهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي وجوازه ثبت بقوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ [النساء:١٢٨] عرّف بالألف واللام فيقتضي أن يكون كل صلح خيراً وكل خير مشروع اهـ سيد. وقال الكاكي: وشرط الصلح كون المصالح عنه يجوز الاعتياض عنه كالقصاص بخلاف ما إذا كان حقاً لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة والكفالة بالنفس فلا يجوز الصلح عنه وكون بدل الصلح مالاً معلوماً إن احتيج إلى قبضه وإلا لا تشترط معلوميته فإن من ادَّعى حقاً في دارٍ وادَّعى المدعى عليه حقاً في حانوته فتصالحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وإن لم يبين كل واحد حقه لأن جهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي اهـ **قوله: (وهو المسالمة)** أي بعد المحاربة اهـ إتقاني. **قوله: (وأصله من الصلاح)** أي وهو استقامة الحال اهـ إتقاني. **قوله: (قالوا معناه جنس الصلح)** قال الإتقاني فإن قلت: لا يصح التمسك بالآية لأنه إنما يصح إذا كان المراد بالألف واللام الجنس لا العهد وقد وجد دليل العهد لأنه تعالى قال: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾ [النساء: ١٢٨]، أي ذلك الصلح ولئن سلمنا أن المراد به الجنس فلا يجوز أيضاً صرفه إلى الكل لأن ما ينطبق

التعليل والعلة لا تتقيد بمحل الحكم فيعلم بهذا أن جميع أنواعه حسن لأن فيه إطفاء النائرة بين الناس ورفع المنازعات الموبقات عنهم وهي ضد المصالحة وهي منهي عنها بقوله تعالى: ﴿ولا تنازعوا﴾ [الأنفال: ٤٦]، وفي ترك الصلح ذلك لأن طلب جميع ما يستحقه ربما يؤدّي إلى الإنكار لا سيما عند الإعسار وفيه فساد عظيم بعد الإنكار، فإن المدّعي إذا أقام البينة تكثر العداوة وتهيج الفتن بين المدّعي والمدّعى عليه والشهود والقاضي وإلى هذا أشار النبي ﷺ بقوله: «ردّوا الخصوم كي يصطلحوا»[١]. وقال أبو منصور الماتريدي رحمه الله لا يعمل الشيطان في إيقاع

عليه اسم الصلح لا يجوز ولهذا لم يجز الصلح بعد اليمين وصلح المودع لا يجوز أيضاً. وإذا ادَّعى على آخر قذفاً لا يجوز الصلح وكذا إذا ادَّعى على امرأة نكاحاً فأنكرت فصالحت على مال لا يجوز فإذا لم يمكن صرفه إلى الكل وجب حمله على الأدنى لتيقنه وهو الصلح على إقرار قلت التعلق بالآية صحيح لدخول الألف واللام وهي مطلقة لا فصل فيها وحمله على العهد ضعيف لأن الله تعالى أمر بالصلح وعلل بكونه خيراً وهو المفهوم من لسان العرب وكأنه قال: صالحوا فإن الصلح خير يعني جنس الصلح خير، كما يقال صل والصلاة خير أي جنس الصلاة خير، غاية ما في الباب أنه انصرف إلى الصلح المذكور أولاً ولكنه وصفه تعالى بكونه خيراً لأنه صلح فكل ما يكون صلحاً يكون خيراً وأيضاً قد يكون ذلك الصلح عن إنكار أيضاً لأن نشوز الزوج والإعراض قد يكون عن إنكار حقها فيكون ذلك صلحاً على الإنكار ومع ذلك جاز وقولهم لا يمكن صرفه إلى الجنس كله. فالجواب عنه نقول: ليس ذلك من باب ما لا يمكن العمل بالإطلاق بل في بعض المواضع ترك العمل بالإطلاق بدليل التقييد ووجوده في بعض المواضع لا يدل على وجوده في كل المواضع فلا يمنع ذلك العمل بالإطلاق فيما وراء دليل التقييد وقد تأيد هذا بقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين» اهـ ما قاله الإتقاني. (فرع) قال في الفتاوى الصغرى: قال شيخ الإسلام خواهرزاده: الصلح مع المودع على أربعة أوجه الأول إذا ادَّعى صاحب المال الإيداع وجحد المودع. والثاني إذا ادعى صاحب المال الإيداع والاستهلاك والمودع أقر بالإيداع وسكت ولم يدع الرد أو الهلاك وفي هذين الوجهين الصلح جائز عندهم. والثالث إذا قال المودع: هلكت أورددت وصاحب المال ساكت أو قال: لا أدري فاصطلحا لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ويجوز في قول محمد رحمه الله. والرابع إذا قال المودع: ضاعت أو رددت وقال المالك: لا بل استهلكت فاصطلحا لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد يجوز. قال أستاذنا فخر الدين وهكذا ذكر في المنتقى أيضاً قال شيخ الإسلام خواهرزاده: والفتوى على قول أبي حنيفة وعامة المشايخ

(١) سيأتي تخريجه.

العداوة والبغضاء في بني آدم مثل ما يعمل من إبطال الصلح على الإنكار وهذا صحيح لأن في منع هذا الصلح فتح باب المنازعات وإثارة النائرات بين الناس وإقامة الفتن والمكايدات، ألا ترى إلى ما حكي أن فتنة وقعت في قبيلة بسبب تهمة غلام فهاجت بينهم حتى قتل منهم أربعون ألفاً فامتدت الحرب بينهم إلى أن وقع الصلح فانطفأت النائرة، ولأن العقود إنما شرعت للحاجة والحاجة إليه أمس لدفع الشر فكان أولى به.

قال رحمه اللّه: (**وهو جائز بإقرار وسكوت** وإنكار) لإطلاق ما تلونا وما روينا وما بينا من المعنى، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «**كل صلح جائز** فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرم حلالاً»[1]. وقال الشافعي: لا يجوز مع الإنكار والسكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالاً للدافع حراماً على الآخذ فبالصلح ينعكس الأمر فيكون حراماً على الدافع حلالاً على الآخذ أو نقول إن المدّعي إن كان محقاً كان أخذ المدّعي حلالاً له قبل الصلح وحرم عليه بالصلح، وإن كان مبطلاً فقد كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراماً عليه قبل الصلح وحل له بالصلح فصار صلحاً أحل حراماً ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة، فإذا كان التمليك رشوة كان التملك قبول الرشوة إذ لا يملك إلا من الجهة التي ملك فيكون المدّعى عليه دافعاً لدفع الظلم والمدّعي آخذاً لترك الظلم، قلنا: ليس هذا بمراد النبي ﷺ، لأن ذلك موجود في الصلح مع الإقرار أيضاً لأن الصلح يقع عادة على ما دون حقه فما زاد على المأخوذ إلى تمام حقه كان حلالاً للمدّعي

لم يفرقوا بين ما إذا قال المالك: استهلكتها وقال المودع: ضاعت أو رددت أو قال المودع: ضاعت أورددت وقال المودع استهلكتها وذكروا الخلاف فيهما جميعاً. وقال القاضي الإمام علي السغدي: إذا قال المودِع أولاً: استهلكتها وقال المودَع ضاعت أو رددت يجوز الصلح في قولهم إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وهو جائز بإقرار)** قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف: والمراد بجواز الصلح اعتباره في إثبات ملك المدعي في بدل الصلح وانقطاع حق الاسترداد للمدعى عليه وبطلان حق الدعوى في أصل المدعي والكلام المعروف في هذه المسألة أن هذا بذل المال بطريق المعاوضة في جانب المدعي لقيام أمارة ثبوت الحق في حقه وبذل المال لدفع الخصومة وصيانة النفس في حق المدعى عليه اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وسكوت)** أي وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر اهـ ووجه حصر الصلح في الثلاثة. قال الإتقاني: أن المدعى عليه لا يخلو إما أن يجيب لدعوى المدعي أو لا. والثاني هو السكوت والأول لا يخلو إما أن يكون بالإقرار أو الإنكار ولا ثالث لهما فانحصر على الثلاثة لا محالة اهـ قوله: **(كل صلح جائز إلى آخر**

---

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٥٣)، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٥٣).

أخذه قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وكان حراماً على المدّعى عليه منعه قبل الصلح وحل له ذلك بعد ولو كان المراد هذا المعنى لما صح مطلقاً، بل البيع أيضاً يكون حراماً بهذا الاعتبار لأن كل واحد من المتبايعين ماله كان حلالاً له قبل البيع ويحرم عليه بالبيع وكذا سائر العقود المشروعة فيؤدّي هذا إلى تحريم أسباب الملك بأسرها وإنما مراده عليه الصلاة والسلام أن يستباح / بالصلح ما ليس بمباح شرعاً أو يحرم ما ليس بحرام، وذلك مثل أن يصالح على الخمر والخنزير أو تصالح إحدى الضرتين زوجها على أن لا يطأ الأخرى أو أمته فتحرم عليه على زعمهم بالصلح، وهذا ظاهر لأنه عليه الصلاة والسلام ذكر الحرام والحلال مطلقاً والمطلق منهما ينصرف إلى الكامل، وذلك بأن يكون حراماً أو حلالاً لعينه. وقوله رشوة وتملكه قبول للرشوة إلى آخره، لا يسلم بل هو في زعم المدعي هو عين حقه أو بدله فهو حلال له أخذه وأكله، وفي حق المدعى عليه لافتداء اليمين ودفع الشر عن نفسه وهو أيضاً حلال له لأن المال لم يخلق إلا لذلك، ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله: إن أجوز ما يكون من الصلح الصلح على الإنكار، لأن معنى الصلح فيه يتحقق على التمام وهو قطع المنازعة والخصومة والفساد الذي يتولد منها، وأما مع الإقرار فلا يؤخذ فيه معنى الصلح على التمام، إذ ليس فيه منازعة حتى يحتاج فيه إلى الصلح بل هو استيفاء لبعض حقه وإسقاط للباقي إن أخذ بعض حقه من جنسه وإن أخذ من خلافه فهو بيع عن طوع منه واختيار، ولو قلنا أنه رشوة فهي جائزة للدافع لدفع الظلم عن نفسه وما جاء فيه من الذم من قوله عليه الصلاة والسلام: «**لعن الله الراشي والمرتشي**»[1]. المراد به إذا كان هو الظالم فيدفعها إلى بعض الظلمة من ولاة الأمور يستعين به على الظلم بالرشوة، وأما لدفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيه **حتى روي عن أبي يوسف** رحمه الله أنه أجاز

[٥٥ أ/٣]

الحديث) رواه الترمذي من طريق أبي هريرة وقال هذا حديث حسن صحيح اهـ **قوله: (لعن الله الراشي إلى آخر الحديث)** روى محمد في السير الكبير عن أبي عميس المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن مسعود أنه كان بالحبشة فرشا دينارين. قال محمد: فهذا لابأس به وليس هذا بسحت إلا على من أكله فأما من أعطاه لمنفعته فلا بأس بذلك وكذلك في دار الإسلام أيضاً إن رشا إنساناً يخاف ظلمه وحبسه فلا بأس بذلك للراشي ويكره ذلك للمرتشي قال محمد: بلغنا عن الشعثاء جابر بن زيد أنه قال: «ما وجدنا في زمن الحجاج أو زياد أو ابن زياد شيئاً خيراً لنا من الرشا». قال محمد: فهذا لابأس به للمعطي لأنه يدفع عن نفسه الظلامة وإنما يكره ذلك للآخذ إلى هنا لفظ كتاب السير الكبير اهـ إتقاني. **قوله: (حتى روي عن أبي يوسف)** رواه أبو الليث وبه يفتى اهـ معراج.

---

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٣٦)، وأحمد في مسنده (٨٧٧٨).

ذلك للوصي من مال اليتيم أيضاً لدفع الضرر عن اليتيم، ألا ترى أن الخضر عليه السلام خرق السفينة **كيلا يأخذها الظالم** وما كان مراده بذلك إلا الإصلاح **والله يعلم المصلح من المفسد**. وقوله: إذ لا يملكه إلا من الجهة التي ملك، قلنا: لا نسلم اتحاد جهة التمليك والتملك بل قد تختلف الجهة بينهما كمن أقر بعتق عبد غيره ثم اشتراه فإنه بيع في حق البائع حتى يجبر المشتري على الثمن فداء في حق المشتري إذ لا بيع بينهما على زعمه، وقبلة كل واحد من الجماعة في التحري **ما أدّى إليه اجتهاده** والخلع يمين في حقه معارضة في حقها وكذا الفسخ بالإقالة فإنها بيع في حق ثالث فسخ في حق المتعاقدين.

قال رحمه الله: (فإن وقع عن مال بمال بإقرار اعتبر بيعاً) لأن معنى البيع قد وجد فيه وهو مبادلة المال بالمال عن تراض فتجري فيه أحكام البيوع وهذا لأن الأصل في الصلح أن يحمل على أشبه العقود له فتجري عليه أحكامه، لأن العبرة للمعاني دون الصور، ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعاً والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالةً، والحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل كفالة ثم إذا وقع عن مال بمال ينظر فإن وقع على خلاف جنس المدّعي فهو بيع وشراء كما ذكر هنا، وإن وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدّعي فهو حط وإبراء وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا.

قال رحمه الله: (**فتثبت فيه الشفعة** والردّ بالعيب وخيار الرؤية والشرط) لأن هذه الأشياء من أحكام البيع فتثبت فيه.

قال رحمه الله: (ويفسده جهالة البدل) أي الذي وقع عليه الصلح (لا جهالة المصالح عنه) لأنه بيع فيفسد بالجهالة المانعة من التسليم والتسلم غير أن المصالح عنه لا يحتاج فيه إلى تسليمه فلا تضره الجهالة والذي وقع عليه الصلح يحتاج إلى تسليمه فتفسده، **ولهذا إذا كان البدل غير مقدور التسليم** يفسد دون المصالح عنه لأنه يسقط فلا يحتاج إلى تسليمه فلا يفضي إلى المنازعة وكذا يفسد بجهالة الأجل إذا جعل البدل مؤجلاً.

قوله: (كيلا يأخذها الظالم) أجاز التعييب في أموال اليتامى مخافة أخذ المتغلب كذا في أحكام الصفار. وفي المحيط: لو رشا لدفع خوف على نفسه أو ماله أو خوفاً على نسائه أو أعطى ماله لشاعر لابأس به اهـ معراج. **قوله: (والله يعلم المصلح من المفسد)** كذا بخط الشارح لم يرد الشارح التلاوة ولذا قدم المصلح اهـ **قوله: (ما أدى إليه اجتهاده)** أي فجهة كل واحد منهم قبلة في حقه ولا تكون قبلة في حق من توجه إلى غيرها اهـ **قوله في المتن: (فتثبت به الشفعة)** أي إذا كان عقاراً اهـ **قوله: (ولهذا إذا كان البدل غير مقدور التسليم)** أي

[٥٥ ب/٣] قال رحمه الله: (وإن استحق بعض المصالح عنه أوكله/ رجع المدّعى عليه بحصة ذلك من العوض أو بكله ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع بكل المصالح عنه أو ببعضه) لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر فأيهما استحق عليه ما أخذه رجع عليه بما دفع إن كلاً فبالكل وإن بعضهاً فبالبعض بحصته لأنه حكم المعاوضة.

قال رحمه الله: (وإن وقع عن مال بمنفعة اعتبر إجارة) يعني الصلح بإقرار إن وقع عن مال بمنفعة يكون إجارة لما ذكرنا أنه يحمل على أشبه عقود له إذ العبرة للمعاني فوجب حمله عليها لوجود معناها فيه وهو تمليك المنافع بعوض.

قال رحمه الله: (**فيشترط التوقيت** ويبطل بموت أحدهما) لأنه إجارة، وهذا

كما إذا صالح على عبد آبق اهـ **قوله في المتن: (فيشترط التوقيت)** حتى لو صالحه على سكنى دار إلى الأبد أو حتى يموت لا يجوز اهـ كاكي. قال الإتقاني: فإذا اعتبر بالإجارة كان التوقيت من شرطه حتى لو وقع الصلح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز وإن وقع الصلح أبداً أو إلى أن يموت لا يجوز. وكذا إن وقع الصلح على زراعة أرض سنين معلومة جاز وإذا لم تكن المدة معلومة فلا. ويبطل الصلح بموت أحد المتعاقدين أيضاً كما في الإجارة ويرجع المدعي في دعواه بقدر ما لم يستوف من المنفعة اهـ (فرع) قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: الأصل أن الصلح على معلوم عن معلوم أو عن مجهول على معلوم جائز والصلح على شيء مجهول عن معلوم أو عن مجهول لا يجوز إلا أن يكون ما وقع عليه الصلح يستغني عن القبض والتسليم فجهالته لا تبطل عقد الصلح كما إذا ادَّعى كل واحد منهما حقاً مجهولاً فاصطلحا جميعاً على التتارك جاز الصلح لأن الجهالة لا تبطل العقود لعينها وإنما تبطل العقول لمعنى فيها وهو لوقوع المنازعة فإن كان مما يُستغنى عن قبضه ولا تقع المنازعة في ثاني الحال جاز وإن كان مما يحتاج إلى قبضه وتقع المنازعة في ثاني الحال عند القبض والتسليم لم يجز. ثم قال فيه: وإذا ادَّعى رجل عين مال في يد رجل كالعبد والدار والأرض وغيرها فادَّعى كله أو بعضه والمدعى عليه مقرّ أو جاحد أو ساكت، فإن الذي وقع عليه الصلح إما أن يكون دراهم أو دنانير أو كيلياً أو وزنياً أو حيواناً أو ثياباً ولا يخلو إما أن يكون معيناً أو موصوفاً غير معين أو وقع الصلح على منفعة أما إذا وقع الصلح على دراهم بعينها فالشرط فيها بيان مقدارها ويقع على الجياد من نقد البلد وإن كان في البلد نقود مختلفة يقع على الغالب منها وإن لم يكن لبعض منها على بعض غلبة فلا يجوز الصلح ما لم يبين نقداً منها مع بيان القدر ويجوز الصلح عليها حالة ومؤجلة وقبض ما وقع عليه الصلح في المجلس قبل الافتراق ليس بشرط لأن الافتراق عن عين بدين في غير الصرف والسلم وما لا يبطله النساء لا يبطله العقد هذا إذا كانت الدراهم غير معينة، وأما إذا كانت معينة جاز الصلح ولا يحتاج إلى بيان القدر والوصف ولكن لا

حكمها على ما عرف في موضعه، وإنما يشترط التوقيت في الأجير الخاص بأن ادّعى شيئاً فوقع الصلح على خدمة العبد أو سكنى سنة وفيما عداه لا يشترط التوقيت كما إذا صالحه على صبغ الثوب أو ركوب الدابة أو حمل الطعام إلى موضع **ولو مات أحدهما** أو محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح فيرجع بالمدّعى، ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدّعى بقدره، وهذا كله قول محمد رحمه الله وهو القياس لأنه إجارة وهي تبطل بذلك، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يبطل الصلح بموت المدّعى عليه بل المدّعي يستوفي المنافع على حاله وإن مات المدّعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه فيهما، ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب، لأن الصلح لقطع المنازعة، وفي إبطاله بموت أحدهما إعادة المنازعة فيبقى فيما لا يتفاوت الناس فيه مطلقاً لأنه يمكن الاستيفاء فيه إما باستمرار العاقد أو بإقامة وارثه مقامه وفيما يتفاوتون فيه كلبس الثياب وركوب الدابة، إن مات المدّعى عليه يبقى لإمكان الاستيفاء بالاستمرار وإن مات المدعي

يتعلق العقد بعينها لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاملات حتى أن المدعى عليه لو أراد أن يحبسها ويعطي الرجل مثلها كان له ذلك ولو هلكت في يده قبل التسليم إلى المدعي أو استحقت لم يبطل العقد وعليه تسليم مثلها. ولو اختلفا في قدرها ووصفها بعد الهلاك فإنهما يتحالفان ويترادّان الفضل، كما في البيع إذا اختلفا والسلعة قائمة بعينها وهاهنا المعقود عليه قائم وهو عين في يد المدعى عليه وكذلك الصلح إن وقع على الدنانير فهو كما لو وقع الصلح على الدراهم في جميع ما وصفنا وإن صالح من دعواه على كيلي كالحنطة والشعير أو على وزني كالحديد والصفر إن كان معيناً وأضاف العقد وهو حاضرٌ أو غائبٌ بعد أن ذلك في ملك المدعى عليه صح الصلح ويقع على ما سُمي من الكيل والوزن وإن أشار إليه ولم يسم الكيل والوزن جاز ويتعين ذلك فإن كان موصوفاً في الذمة فالشرط فيه بيان القدر والوصف وبيان الأجل ليس بشرط ولو بين الأجل جاز ويثبت والأصل أن الكيلي والوزني أعيانهما سلع وأوصافهما ثمن فإذا عينا تعلق العقد بأعيانهما وإذا وصفا ولم يتعينا صار حكمهما كحكم الدراهم والدنانير. ولو صالحه على ثياب إن كانت معينة جاز الصلح والشرط فيه الإشارة لا غير وإن كان غير معين فالصلح لا يجوز حتى يأتي بجميع شرائط السلم لأن الثياب لا تثبت ديناً في الذمة إلا على اعتبار شرائط السلم، وإن صالح من دعواه على حيوان أو على ما لا يجوز السلم لجهالته، فلا يجوز الصلح إلا أن يكون معيناً. ولو صالح من دعواه على منفعة معلومة فإن كان مما يجوز ورود الإجارة عليه صح الصلح وإن كان مما لا يجوز ورود الإجارة عليه لم يجز الصلح إلى هنا لفظ الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي اهـ إتقاني. قوله: (**ولو مات أحدهما أو هلك**) لفظ أو هلك

يبطل لتعذر إقامة الوارث مقامه فيه لأنه يتضرر المالك بذلك. وإن قتل العبد يبطل الصلح عند محمد رحمه الله مطلقاً، كالإجارة لأنه إجارة على ما بينا، وعند أبي يوسف رحمه الله ينظر فإن قتله المدّعي أو الأجنبي يضمن قيمته ويشتري بقيمته عبداً فيخدمه كما إذا قتل العبد الموصى بخدمته ولكن يثبت له الخيار لاحتمال الاختلاف بينهما في الخدمة فالرضا بالأول لا يكون رضاً بالثاني، وإن قتله المدّعى عليه بطل بالإجماع لأن المولى لا يضمن نفس عبده فصار كما إذا مات حتف أنفه أو أعتقه المولى بخلاف المرهون حيث يجب على المولى الضمان بالإتلاف والعتق لأنه فوّت الاستيفاء الحاصل بعقد الرهن والقبض.

قال رحمه الله: (والصلح عن سكوت أو إنكار **فداء لليمين في حق المنكر ومعاوضة في حق المدّعي**) لما بينا ويجوز أن يكون لشيء واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه الحل في المتناكحين والحرمة في أصولهما فيؤاخذ كل واحد منهما بما يزعم وهذا في الإنكار ظاهر، لأنه يتبين بالإنكار أن ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين، وكذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار والإنكار فجهة الإنكار راجحة إذ الأصل فراغ الذمم فلا يجب عليه بالشك ولا يثبت به كون ما في يده عوضاً عما دفع بالشك.

قال رحمه الله: (**فلا شفعة إن صالحا عن داريهما** وتجب لو صالحا على

ليس في خط الشارح اهـ **قوله في المتن: (فداء لليمين)** لفظ لليمين ليس في خط الشارح اهـ **قوله في المتن: (في حق المنكر)** أي والساكت. قال القدوري: والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة اهـ فيشمل قوله المدعى عليه المنكر والساكت اهـ **قوله في المتن: (ومعاوضة في حق المدعي)** وذلك لأن المدعي يدعي أنه محق في دعواه والذي أخذه عوض عن حقه والمرء مؤاخذ بزعمه فيجعل في حقه بمعنى المعاوضة والمدعى عليه يزعم أن المدعي مبطل في دعواه والذي يعطيه لدفع الخصومة والشغب والذَبِّ عن نفسه اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (فلا شفعة إن صالحا عن داريهما)** قال الإتقاني: وجملة القول ما قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي قال: وإذا ادَّعى داراً في يد رجل صالح معه على مال معلوم فإن كان الصلح عن إقرار تجب للشفيع فيه الشفعة لأن صاحب اليد مقرّ بأن الدار كانت للمدعي وإنما صارت له بهذا الصلح فصار بمنزلة الشراء فإن كان ما وقع عليه الصلح مثلياً أخذها الشفيع من صاحب اليد، وإن كان غير مثلي أخذها بالقيمة، وإن كا الصلح عن إنكار فلا شفعة للشفيع فيها لأن من زعم المدعى عليه أن الدار كانت له وإنما بذل المال للمدعي لدفع باطل خصومته لا بدلاً للدار ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي وله أن يدلي بحجته فإن

داريهما) أي المنكر والساكت إذا ادّعى على كل واحد منهما داره فصالح عنها بدفع شيء آخر لم تجب في داره الشفعة، لأنه يدعي أنها داره وأنه يستبقيها على ما كانت له وإن المدفوع إلى المدّعي ليس/ بعوض عنها وإنما هو **لافتداء اليمين وقطع الخصومة**. [٥٦ أ/٣] ولو ادّعى على كل واحد منهما شيء فصالح عنه على دار فدفعها إلى المدّعي وجبت فيها الشفعة لأن المدّعي يدعي أنه يأخذها عوضاً عما ادّعى **فكان معاوضة على زعمه** فنجب فيها الشفعة، لأن كل إنسان يؤاخذ بزعمه حتى لو ادّعى عليه داراً فأنكر فصالحه عنها على دار أخرى وجبت الشفعة في التي صالح عليها دون الأخرى لما ذكرنا وإنكار الآخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيها. ألا ترى أن رجلاً لو قال: أنا اشتريتُ هذه الدار من فلان، وفلان ينكر، يأخذها الشفيع منه بالشفعة، وكذا لو ادّعى أنه باع داره من فلان وهو ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة لأن زعمه حجة في حق نفسه.

قال رحمه اللّه: (**ولو استحق المتنازع فيه** رجع المدعي بالخصومة وردّ البدل ولو بعضه فبقدره) يعني: لو ادّعى رجل على شخص شيئاً فأنكر ثم صالحه على شيء ثم استحق المدعي كله أو بعضه ردّ المدعي العوض الذي أخذه كله أو بعضه قدر ما استحق على المدعى عليه ورجع هو بالخصومة مع المستحق لأنه أخذه على زعمه عوضاً عما ادّعى فإذا استحق ذلك يرجع عليه المدعى عليه بناء على زعمه كأنه

أقام البينة على صاحب الدار أن الدار كانت للمدعي أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة لأنه تبين أن الدار[1] إنما حصلت فصار بمنزلة الشراء، وإن كان الصلح وقع على أرض بعينها أو على دار بعينها للمدعى عليه وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمة الدار المتروكة سواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار لأن من زعم المدعي أنه إنما أخذها بدلاً عن الدار المتروكة وأن للشفيع فيها الشفعة فاستوى في المأخوذة حكم الإقرار والإنكار ولو صالح من دعواه في الدار على منافع لا على عين مال فلا شفعة في المتروكة سواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار لأن بدل الدار ليس بعين مال ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعي الدار ويعطيه داراً أخرى فيجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الأخرى إذا كان الصلح عن إنكار لأن الصلح إذا كان عن إنكار كانت هذه مبادلة دار بدار. ولو كان الصلح مثل هذا عن إقرار فلا يصح الصلح ولا تجب الشفعة فيهما جميعاً، لأن الدارين جميعاً ملك للمدعي كذا في شرح الطحاوي اهـ **قوله**: (**لافتداء اليمين وقطع الخصومة**) ولا يصدق عليه المدعي في زعمه أنه أخذ المال عوضاً عن حقه من غير بينة اهـ إتقاني. **قوله**: (**فكان معاوضة على زعمه**) أي فصار كأنه قال اشتريتها منه اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (ولو

---

(١) هكذا الكلام في الأصل وفي العبارة سقط واضح.

اشتراه منه، **ولأن المدعى عليه لم يدفع العوض إلا ليدفع خصومته** عن نفسه ليبقى المدَّعى في يده من غير خصومة أحد فإذا استحق لم يحصل له مقصوده وتبين أيضاً أن المدعي لم يكن له خصومة فيرجع عليه فصار نظير ما إذا أدّى المكفول عنه المال إلى الكفيل ليقضي الدين من عنده ويكون له ذلك ثم قضى المكفول عنه الدين رجع على الكفيل بما أعطاه، لأن غرضه لم يحصل له وإنما يرجع المدعي بالخصومة، لأن المستحق قام مقام المدعى عليه حين أخذ المدعى منه فيكون له أن يخاصمه.

قال رحمه اللّه: (ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع إلى الدعوى في كله أو بعضه) أي استحق الذي وقع عليه الصلح في يد المدعي رجع المدعي إلى الدعوى في كله إن استحق كل العوض أو في بعضه إن استحق البعض، لأن المدعي ما ترك الدعوى إلا ليسلم له البدل، فإذا لم يسلم له رجع بالمبدل وهو الدعوى **بخلاف ما إذا وقع الصلح بلفظ البيع** بأن قال أحدهما: بعتك هذا الشيء بهذا وقال الآخر اشتريت حيث يرجع المدعي عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى، لأن إقدام المدعى عليه على المبايعة إقرار منه بأن المدعي ملك المدعى فلا يعتبر إنكاره بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه ما يدل على أنه أقر بالملك له إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة.

قال رحمه اللّه: (وهلاك بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه في الفصلين) أي في فصل الإقرار وفي فصل الإنكار والسكوت، فإذا كان كاستحقاقه يبطل به الصلح لأن هلاك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هذا وهذا في فصل الإقرار ظاهر، لأنه بيع حقيقة على ما مر وكذا في فصل الإنكار والسكوت، لأنه بيع في حق المدعي

استحق المتنازع فيه) أي في الصلح عن إنكار أو سكوت اهـ **قوله: (ولأن المدعى عليه لم يدفع العوض إلا ليدفع خصومته إلخ)** قال الكاكي: وهذا بخلاف ما لو أعطى المدعي شيئاً للمدعى عليه بطريق الصلح ثم استحقت الدار فإن المدعي لا يرجع على المدعى عليه بشيءٍ لأن في زعم المدعي أن ما دفع إليه ليس بواجب عليه لأني أخذت ملكي فكنت متبرعاً فيما أعطي ولا رجوع فيه بسبب الاستحقاق أو لأن المدعى عليه مضطر في مسألة الكتاب لأنه يدفع لضرورة قطع الخصومة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها. أما المدعي ليس بمضطر فيما أعطي لأنه على خيرته في دعواه فكان الدفع باختياره، ولم يظهر عدم الاختيار عند الاستحقاق فلا يرجع بشيء اهـ **قوله: (بخلاف ما إذا وقع الصلح بلفظ البيع)** صورته: صالح ذو اليد المنكر مع المدعي على عبد فقال بعت منك هذا العبد بهذه الدار يعني أُجري لفظ البيع في مقام الصلح ثم استحق العبد حيث يرجع المدعي على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى اهـ (فصل) لما ذكر فيما تقدم مشروعية الصلح وأنواعه الثلاثة ذكر

فيبطل بهلاكه فلو هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح في قدره ويبقى في الباقي كما في الاستحقاق هذا إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لأنهما لا يتعينان في العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الإشارة إليهما وإنما يتعلق/ بمثلهما في الذمة فلا يتصوّر فيه الهلاك. [٥٦ ب/٣]

(فصل) قال رحمه اللّه: **(الصلح جائز عن دعوى المال) لأنه في معنى البيع** في حقهما إن وقع بمال عن إقرار أو في حق المدعي وحده إن وقع عن إنكار أو سكوت، وفي حق الآخر لافتداء اليمين وقطع الخصومة أو في معنى الإجارة إن وقع عنه بمنافع وكل ذلك جائز على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (والمنفعة) يعني: الصلح عن دعوى المنفعة أيضاً جائز ويكون بمعنى الإجارة إن وقع عنه بمال أو بمنافع لأن المنافع يجوز أخذ العوض عنها بعقد الإجارة فكذا بعقد الصلح، **ألا ترى أن الورثة لو صالحوا** الموصى له بالخدمة على مال أو منفعة جاز، فهذا أولى لكونه معلوماً لأن لها مدة متناهية، لكن إنما يجوز

في هذا الفصل ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (الصلح جائز عن دعوى المال)** قال الإتقاني رحمه اللّه: أما جوازه عن دعوى المال فلما روي «أن عثمان رضي اللّه عنه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألف درهم وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير»(١) وسيجيء في فصل التخارج اهـ **قوله: (لأنه في معنى البيع)** فما جاز بيعه جاز الصلح عنه اهـ **قوله: (ألا ترى أن الورثة لو صالحوا إلخ)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في الوصايا: وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهراً فهو جائز، والقياس أن لا يجوز لأن الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل ولهذا لو آجر منهم لا يصح إلا أنا نقول: بأن هذا ليس بتمليك إياهم ببدل بل هو إسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظة الصلح لفظة تحتمل التمليك وتحتمل الإسقاط فإن لم يمكن تصحيحه تمليكاً أمكن تصحيحه إسقاطاً فصححناه إسقاطاً وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط. ولهذا جاز الصلح على خدمة عبد آخر فلو كان هذا تمليكاً لكان باطلاً لأن بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز، وكذلك لو فعل ذلك وصي الوارث الصغير لأنه تصرف نافع في حقه فإن مات العبد الموصى بخدمته بعدما قبض الموصى له ما صالحوه

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/١١١).

الصلح عن المنافع على المنفعة إذا كانا مختلفي الجنس بأن يصالح عن السكنى على خدمة العبد أو زراعة الأرض أو لبس الثياب، أما إذا اتحد جنسهما كما إذا صالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز، لأنه لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح. وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح.

قال رحمه الله: (**والجناية**) يعني الصلح جائز عن دعوى الجناية وهذا اللفظ يتناول الجناية على النفس وما دونها عمداً كان أو خطأ سواء كان عن إقرار أو إنكار أو سكوت، أما العمد في النفس فلقوله تعالى: ﴿فمن عُفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف﴾ [البقرة:١٧٨]، قال ابن عباس والضحاك والحسن: «**نزلت الآية في الصلح عن دم العمد**»(١)، ومعناها: من بذل له بدل أخيه المقتول مال وذلك لا يكون إلا بالصلح، **ولأنه حق ثابت في المحل في حق الفعل** فجاز أخذ العوض عنه كملك النكاح **وما جاز أن يكون مهراً** جاز أن يكون بدل الصلح وذلك مثل الأموال المعلومة والمنافع المعلومة ومالا يصلح مهراً لا يصلح بدلاً عن القود مثل الخمر والخنزير،

عليه فهو جائز لأنه عقد إسقاط وقد تم بالموت لأن حقه في منفعته ما دام حياً وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له بخلاف ما إذا آجر عبداً مدة ثم مات قبل مضي المدة فإن ثمة لم يسلم جميع ما قوبل بالمبدل فلا يسلم البدل أيضاً في مقابلته له اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (والجناية)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: والصلح من كل جناية فيها قصاص على ما قل من المال أو كثر جائز لأن القصاص مما يحتمل الإسقاط بغير مال فيحتمله بالمال أيضاً وهو حق يحتمل التقويم بالكتاب والسنة وإجماع الأمة كذا قال الإتقاني. ثم قال: وأما السنة فما روي عن رسول اللّه ﷺ أنه قال: «من قُتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الديّة»(٢). أراد به برضا القاتل وإجماع الأمة على هذا كذا في شرح الكافي، ولأن دم العمد حق يجوز أن يؤول إلى مال وهو إذا دخلته شبهة فجاز الصلح منه على مال كالردّ بالعيب اهـ إتقاني. **قوله: (نزلت الآية في الصلح عن دم العمد)** وقيل إن الآية نزلت في دم بين شريكين عفا أحدهما أنه ينقلب نصيب الآخر مالاً اهـ إتقاني. **قوله: (ولأنه حق ثابت في المحل في حق الفعل)** بخلاف حق الشفعة إذ ليس ثابتاً في المحل اهـ **قوله: (وما جاز أن يكون مهراً إلخ)** أي الصلح بمنزلة النكاح يعني أن كل ما يصلح تسميته مهراً في النكاح يصلح بدل الصلح ولا يقال كل ما يصلح بدل الصلح

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١١٣).

(٢) أخرجه الترمذي في الديات (١٣٨٧)، وأبو داود في الديات (٤٥٠٦)، وابن ماجه في الديات (٢٦٢٦)، وأحمد في مسنده (٦٦٧٨).

لكن في النكاح يجب مهر المثل لأن النكاح لم يشرع بلا مال والعفو مشروع بدونه مندوب إليه، ولهذا لو لم يُسمّ شيئاً فيهما يجب في النكاح مهر المثل لأن البضع متقوّم حالة الدخول ومهر المثل قيمة له لأنه هو الموجب الأصلي وفي العفو عن القود لا يجب شيء، لأنه لا يتقوّم إلا بالتقويم ولم يوجد وهذا لأن التقويم يكون بقيام غيره مقامه والقصاص لا يقوم غيره مقامه إذ لا يماثله غيره إلا أن الشرع أجاز أخذ عوضه عند اتفاقهما فجاز أخذه **بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز** أخذه لأنه لا حق له في المحل بل هو ملك المشتري وإنما له أن يتملك إن شاء وذلك

يصلح مهراً لأنه إذا صالحه عن أن يعفو الآخر عن قصاص له قبل رجل آخر جاز. وعفو القصاص لا يصلح مهراً قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية: وكل ما يصلح مهراً يصلح بدل الصلح عن الدم وكل ما ذكر مهراً ولم يصح تسميته وجب مهر المثل وهنا تجب الدية والأرش في ماله حالاً لأن الدية هنا كمهر المثل هنالك لأن كل واحد يجب بدلاً عن مال ثم القود يسقط بأدنى شيء ولم يرض مجاناً فيجب ما ذكرنا إلا في فصل إذا صالح عن دم العمد على خمر يسقط القصاص ولا يجب شيء بخلاف المهر لأن هناك يملك العفو بلا شيء فإذا ذكر ما لا يصلح عوضاً أصلاً فكأنه عفا، وفي النكاح لا يمكن بدون مهر، وقال في الإيضاح: وبدل الصلح في دم العمد جار مجرى المهر، وكل جهالة تحملت في المهر تحملت هنا وما يمنع صحة التسمية يمنع وجوبه في الصلح والمعنى الجامع بينهما أنه وجب ابتداء لا في مقابلة مال وفي كل موضع بطلت التسمية في النكاح، فكذلك في الصلح إلا أن القصاص يسقط ويجب بدل النفس وهو الدية نحو أن يصالح على ثوب كما يجب مهر المثل في النكاح إلا أنهما يفترقان من وجه وهو أنه إذا تزوّجها على خمر يجب مهر المثل ولو صالح من دم العمد على خمر لم يجب شيء، لأن وجوب المهر في باب النكاح من ضرورات العقد فإنه لم يشرع بلا مال، فإذا لم يكن المسمى مالاً لغت التسمية فصار كما لم يسم مهراً فوجب مهر المثل. فأما في باب الصلح فوجوب المال ليس من ضروراته فإنه لو عفا ولم يسم مالاً لم يجب شيء اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز)** قال الإتقاني: لأنه مجرّد حق لا يثبت ذلك في المحل قبل تملك المحل وهو الدار مثلاً، والقصاص ليس كذلك، لأن الملك ثابت في المحل لمن له القصاص قبل أخذ القصاص فجاز أخذ العوض عنه، لأنه عوض عن ملكه كأخذ العوض عن عبده في الإعتاق على مال فإذا لم يصح الصلح عن حق الشفعة بطلت الشفعة لأنها تبطل بالإعراض عن طلب الشفعة واشتغاله بالصلح إعراض وإنما قيد بالصلح عن حق الشفعة على مال، لأنه إذا صالح من شفعته على نصف الدار أو على ثلث منها أو ربع جاز وهي مذكورة في الأصل. قال في الشامل في باب الصلح في الشفعة من قسم المبسوط: اشترى

مجرد خيار، فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار المخيرة وخيار الشرط والرؤية وخيار العيب **وكالكفالة بالنفس**، ثم إذا فسدت التسمية في الصلح كما إذا صالح على دابة أو ثوب غير معين تجب الدية، لأن الولي لم يرض بسقوط حقه مجاناً فيصار إلى موجبه الأصلي بخلاف ما إذا لم يسم شيئاً أو سمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شيء لما ذكرنا. ويسقط القصاص لأن إقدامه على الصلح يتضمن الإبراء عنه. وكذا الخيارات التي ذكرناها والشفعة تسقط لما ذكرنا واختلفوا في سقوط الكفالة به **قيل تسقط** لما ذكرنا، وقيل لا تسقط لأن الكفالة بالنفس وسيلة إلي المال غالباً فأخذت حكمه فلا تسقط ما لم يحصل غرضه بخلاف ما ذكرنا من الخيار والقصاص. وأما الخطأ في/ [٥٧/أ/٣] النفس فلأن موجبه المال والصلح عن دعواه **جائز على ما ذكرنا إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية إذا وقع الصلح على أحد مقادير الدية للربا** كما لا يجوز الصلح على أكثر

داراً ولها شفيع فصالح من شفعته على نصف الدار بنصف الثمن جاز لأن هذا يكون شراء مبتدأ لا أخذاً بالشفعة لأنه ليس له أخذ البعض دون البعض ويجوز الشراء على هذا الوجه صالحه على أن يسلم الشفعة على بيت من الدار بحصته من الثمن فالصلح باطل وحق الشفعة باقٍ ولو صالحه على تسليم الشفعة على دراهم لا يجب المال وبطلت الشفعة لأنه لما صالح على بيت منها فقد ذكر في الصلح ما يصح أخذه لو كان معلوماً، ألا ترى أنه لو سمى ربع الدار بربع الثمن جاز إلا أنه بطل الآخذ لأجل الجهالة وبقي الحق أما في الصورة الثانية فشرط في الصلح ما لا يجوز أخذه فيبطل حقه مجاناً إلى هنا لفظ الشامل اهـ إتقاني. وكتب على قوله بخلاف الصلح إلخ. ما نصه راجع باب ما تبطل به الشفعة اهـ **قوله: (وكالكفالة بالنفس)** يعني لا يجوز أخذ العوض عنها وأما الكفالة هل تسقط سيأتي الخلاف فيها بعد ثلاثة أسطر في كلام الشارح اهـ **قوله: (قيل تسقط)** أي وهو الأصح نص عليه الشارح في باب ما تبطل به الشفعة والله الموفق. قال الإتقاني: فإذا لم يجز الصلح على الكفالة بالنفس فهل تبطل الكفالة أم لا فيه روايتان في رواية أبي حفص في الصلح تبطل وعليه الفتوى وهي رواية كتاب الشفعة وكتاب الحوالة والكفالة. وفي رواية أبي سليمان لا تبطل وهي رواية كتاب الصلح من رواية أبي سليمان كذا في الفتاوى الصغرى. قال صاحب التحفة: إن الكفيل بالنفس إذا صالح المكفول له بمال معلوم على أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل والكفالة لازمة اهـ **قوله: (جائز على ما ذكرنا)** أي أول الفصل اهـ وكتب ما نصه قال الإتقاني: إلا أنه لا يجوز الصلح على أكثر من الدية لئلا تلزم المجاوزة عن التقدير الشرعي اهـ **قوله: (إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية)** أي في الخطأ في النفس اهـ **قوله: (إذا وقع الصلح على أحد مقادير الدية للربا)** وفي المغني هذا إذا كان الصلح منفرداً أما إذا كان الصلح منضماً بالصلح عن دم الخطأ يجوز، وإن زاد بدل الصلح على قدر الديتين كما لو صالح ولي قتيل العمد وولي قتيل الخطأ من قتل عمداً وقتل خطأ على أكثر

من الدين من جنسه في دعوى الدين بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الأقل وإن كان أقل من عشرة دراهم لأنه لا موجب له في المال، وإنما يجب بالعقد فيتقدّر بتقديرهما بخلاف النكاح حيث لا تجوز تسمية ما دون العشرة فيه لأنه مقدّر به شرعاً، **ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية** جاز كيفما كان لعدم الربا إلا أنه يشترط القبض في المجلس إذا كان ما وقع عليه الصلح ديناً في الذمة **كيلا يكون افتراقاً عن كالئ بكالئ. ولو قضى القاضي** بأحد مقادير الدية فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لأن الحق تعين فيه بالقضاء فكان غيره من مقادير الدية كجنس آخر فأمكن الحمل على المعاوضة بخلاف الصلح عليه ابتداء، **لأن تراضيهما على بعض المقادير** بمنزلة قضاء القاضي فكما لا يجوز للقاضي أن يقضي بالزيادة على الدية من جنسه لا يجوز لهما أيضاً أن يصطلحا عليها لما يلزم من الربا على ما ذكرنا ولو صالح على خمر فسد الصلح ووجبت عليه الدية لأن هذا صلح عن مال، فيكون نظير الصلح عن سائر الديون وما دون النفس معتبر بالنفس فيلحق ما

من الديتين يجوز ولصاحب الخطأ قدر الدية وما بقي لصاحب العمد اهـ وكتب ما نصه قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية: يجوز الصلح من القصاص في نفسه وما دونه على أكثر من الدية وفي الخطأ لا يجوز على الزيادة لأن الواجب في الصورة الأولى ليس بمال فجاز كيفما كان، وفي الثانية الواجب يقدر شرعاً بخلاف القياس فلا يتجاوز عنه اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية**) أي عدم صحة الزيادة على قدر الدية فيما إذا صالح عن جناية الخطأ على أحد مقادير الدية كالإبل والذهب والفضة، أما إذا صالح على غير مقادير الدية كالمكيل والموزون جاز الصلح على الزيادة لأن عند اختلاف الجنس لا تظهر الزيادة اهـ إتقاني. **قوله**: (**كيلا يكون افتراقاً عن كالئ بكالئ**) أي وهو دين الدية بدين بدل الصلح اهـ **قوله**: (**ولو قضى القاضي إلخ**) قال الإتقاني: وهذا الذي قلنا من عدم جواز الزيادة على قدر الدية فيما إذا لم يقض القاضي بذلك. أما إذا قضى القاضي بنوع من مقادير الدية ثم صالح عن نوع آخر منها بالزيادة كما إذا قضى القاضي بمائة بعير فصالح على أكثر من مائتي بقرة أو ألف دينار جاز، لأن تعين الوجوب في الإبل بالقضاء وكان البقر بدلاً عها فجاز كيفما كان. قال أبو العباس الناطفي في آخر كتاب الصلح من الأجناس ناقلاً عن نوادر ابن سماعة عن محمد: لو صالحه بعد القضاء بمائة من الإبل عن ثلاثمائة بقرة وقبض جاز، وإن كان قبل القضاء لم يجز، وإن كان بعد القضاء جاز إذا قبض ثم نقل في الأجناس عن كتاب الجنايات للحسن بن زياد: إذا حكم بالإبل ثم صالح على أكثر من مائتي بقرة أو ألفي شاة لم يجز إلا أن يكون من غير جنس الدية فيجوز اهـ ما قاله الإتقاني.
قوله: (**لأن تراضيهما على بعض المقادير**) تعيين للواجب الشرعي ولا يجوز الزيادة على

يوجب القصاص فيه بالعمد في النفس وما يوجب المال فيه بالخطأ فيها، ثم لا يختلف هذا الحكم في هذه الأشياء بين أن يكون عن إقرار أو إنكار أو سكوت لما ذكرنا من المعنى، وإنما يختلف فيها السبب من معاوضة أو افتداء يمين.

قال رحمه اللّه: (بخلاف الحد) يعني بخلاف ما إذا صالح عن دعوى حد بأن رفع الزاني أو شارب الخمر **أو القاذف** فصالح هو المرافع حتى يترك الدعوى لا يجوز الصلح فله أن يرجع بما دفع لأن الحدود حق اللّه تعالى لا حق الرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز، ولهذا لو ادّعت المرأة أن ولدها من زوجها المطلق فأنكر وصالحها على شيء حتى تترك الدعوى كان الصلح باطلاً **لأن النسب حق الولد** وكذا لو كان لرجل ظلة أو كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل على نقضه فصالحه على شيء كان الصلح باطلاً لأن الحق في الطريق النافذ لجماعة المسلمين فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد بخلاف ما إذا صالح الإمام عنه على مال حيث يجوز لأن للإمام ولاية عامة، وله أن يتصرف في مصالحهم، فإذا رأى في ذلك مصلحة ينفذ لأن الاعتياض من المشترك العامّ جائز من الإمام، ولهذا لو باع شيئاً من بيت المال صح بيعه وبخلاف ما إذا كان ذلك في طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز في حقه لأن الطريق مملوكة لأهلها فيظهر في حق الأفراد والصلح معه مفيد لأنه يسقط به حقه ثم يتوصل إلي تحصيل رضا الباقين فيجوز.

قال رحمه اللّه: **(ومن نكاح)** أي يجوز الصلح عن دعوى النكاح هذا إذا كان

المتعين شرعاً اهـ **قوله: (أو القاذف)** الغالب في حدّ القذف حق الشرع عندنا اهـ **قوله: (لأن النسب حق الولد)** قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية: المطلقة المبانة ادّعت أن هذا الولد للمطلق وصالح من النسب على مائة لا يصح لأنه حق الولد وأيضاً لا يمكن أخذ الولد عن النسب ولو ادَّعت نكاحاً بغير ولد فصالح على مائة لم يجز ويستردّ المال إن دفع، لأن العوض على ترك النكاح من جانب الزوج ليس بمشروع إلى هنا لفظه في الكفاية اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ومن نكاح)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: ولو أن رجلاً ادَّعى على امرأة أنها امرأته فأنكرت ذلك فصالحته على مائة درهم على أن يبرأ من تزويجها الذي ادَّعى أجزته إذا قبل ويكون هذا خلعاً في حق المدعي وبذل المال والرشوة في حقها قطعاً لمنازعته ولو أقام بيّنة على تزويجه بعد الصلح لم يقبل لأنه لا يفيد، لأنه تقرر معنى الخلع، وكذلك لو قالت: أعطيك مائة درهم على المبارأة أو على أنك بريء من دعواك أو على أنه لا نكاح بيني وبينك كذا في شرح الكافي اهـ إتقاني. (فرع) قال محمد في الأصل: ولو ادّعى قبله أنه شارب خمر وقال: أرفعك إلى السلطان فصالحه على مائة درهم على أن يكف عنه أو صالحه على مائة درهم على أن يقر بشرب

الرجل هو المدعي والمرأة تنكر لأنه أمكن اعتبار الصحة فيه بأن يجعل في حقه في معنى الخلع لأن أخذ المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه على ما مر ذكره وفي حقها لافتداء اليمين وقطع الخصومة **فكان صحيحاً** وإن كانت هي المدّعية والزوج ينكر ذكر **في بعض نسخ المختصر** أنه لا يجوز **لأنه لو** جعل ترك الدعوى منها طلاقاً فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة إذ لم يسلم له شيء في هذه الفرقة / [٥٧ ب/٣] وهي يسلم لها المال والنفس وإن لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح **على ما كان عليه قبله** فتكون هي على دعواها، فلا يكون هذا الصلح مفيداً قطع

الخمر فإن هذا كله باطل لا يجوز، وكذا لو ادَّعى أنه زنى بهذه المرأة فصالحه على مائة درهم على أن يكف ولا يرفقه إلى السلطان فإن هذا كله باطل لا يجوز. ألا ترى أنه إنما صالحه على حدّ من حدود اللّه تعالى. ولو ادَّعى قبله سرقة متاع فصالحه المدعى عليه قبله على مائة درهم على أن أبرأه من السرقة فهذا جائز لأنه ادَّعى قبله حقاً وذلك لأن دعوى السرقة دعوى المال لأنه إنما يصح دعواه في حق المال فصح الصلح فيه على مال يأخذه المدعي كما في سائر المواضع، ثم قال في الأصل: ولو صالحه على مائة درهم على أن يقرّ له بالسرقة ففعل ذلك فإن كانت العروض قائمة بعينها فالصلح جائز وإن كانت مستهلكة فالصلح باطل هذا لفظ محمد في الأصل في باب دعوى الجراحات والحدود وتفسيره ما قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في باب الصلح في دعوى القصاص والحدّ من شرح الكافي: فإن كانت العروض قائمة بعينها جاز لأنه يكون بيعاً لذلك العرض في زعمه بمائة درهم وإن كانت مستهلكة لم يجز لأنه يكون بيع الدراهم بدراهم أقل منه أو أكثر، ثم قال في الأصل والصلح في الحدود كلها على مال وغير مال مردود فلا يجوز اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله: (فكان صحيحاً)** والمراد من جواز الصلح نفاذه في الظاهر فأما فيما بينه وبين اللّه تعالى فإن كان على خلاف ما قال لا يحل له أخذه كذا في شرح الأقطع اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: قال الإتقاني: ورأيت في نسخة ثقة من نسخ القدوري مكتوبة في تاريخ خمس وعشرين وخمسمائة عدم الجواز قال: وإن ادَّعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لها لم يجز. قال صاحب الهداية: وجه الأول أي الجواز أن يجعل زيادة في مهرها، وفيه نظر عندي لأنه ضعيف جداً لأن الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر والأصح هو الوجه الثاني وهو الذي أثبته واعتمد عليه في شرحه الشيخ أبو نصر البغدادي لا غير وقد روينا ذلك أيضاً عن الكفاية قبل هذا ونص الكرخي على بطلان الصلح في مختصره اهـ **قوله: (في بعض نسخ المختصر)** أي مختصر القدوري اهـ **قوله: (لأنه لو)** أي لو دفع إليها المال لتترك الدعوى وجعل إلخ اهـ **قوله: (على ما كان عليه قبله)** أي فلا يكون ما أخذته عوضاً عن شيء، فلا

الخصومة، فلا يصار إليه وذكر في بعضها أنه يجوز لأنه يجعل كأنه زادها على مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة.

قال رحمه اللّه: (**والرق** وكان عتقاً على مال) يعني: الصلح جائز عن دعوى الرق وكان في حق المدعي بمعنى العتق على مال وفي حق الآخر لدفع الخصومة لأنه أمكن تصحيحه بهذا الاعتبار فجاز، ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل كالكتابة اعتباراً لزعم المدّعي فإن الحيوان يثبت في الذمة في معاوضة المال بغير المال كالنكاح والخلع غير أنه **لا ولاء له عليه** لأنه ينكر العتق ويدعي أنه حرّ الأصل إلا أن يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل بينته في حق ثبوت الولاء عليه لا غير حتى لا يكون رقيقاً، لأنه جعل معتقاً بالصلح فلا يعود رقيقاً، وكذا في كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعي لأنه بأخذ البدل باختياره نزل بائعاً وكل موضع وقع فيه الصلح والمدّعي كاذب فيه لا يحل له فيما بينه وبين اللّه تعالى أخذ العوض عنه ونظيره المقرّ له إذا كان يعرف أن المقرّ كاذب لا يحل له إلا إذا سلمه إليه بطيبة نفسه فيكون حينئذٍ هبة مبتدأة فيطيب له.

قال رحمه اللّه: (وإن قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز صلحه عن نفسه وإن قتل عبد له رجلاً عمداً فصالحه عنه جاز) أي لو صالح العبد المأذون له ولي المقتول عن عبده جاز وعن نفسه لا يجوز وإنما جاز عن عبده دون نفسه، **لأن المأذون له** لا يجوز له أن يتصرف إلا فيما هو من باب التجارة ولا ينفذ تصرفه في غيره وتصرفه في نفسه ليس من التجارة، فلا ينفذ في حق المولى إذا كان بعوض لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه وهو المولى، ولهذا لا يجوز له أن يبيع نفسه **ويصح بينه** وبين الولي حتى لا يجوز له قتله بعد العفو، لأنه مكلف فيصح تصرفه في حق

يجوز ويلزمها ردّه اهـ إتقاني. **قوله في المتن:** (**والرق**) أي بأن ادَّعى على رجل مجهول الحال أنه عبده فأنكر ثم صالحه اهـ **قوله:** (**لا ولاء له عليه**) قال محمد في الأصل: وكذلك لو قال: أصالحك من دعواي على وصيف إلى أجل أو على كذا من الغنم إلى أجل كان ذلك جائزاً وكذلك الحيوان كله والثياب والعروض وكل شيء يجوز فيه المكاتبة فهو في هذا الباب جائز ولو أخذ منه كفيلاً بذلك لزم الكفيل الكفالة ولا يشبه هذا المكاتبة لأنه هنا قد عتق حين وقع الصلح إلى هنا لفظ محمد في الأصل اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله:** (**لأن المأذون له**) أي المأذون له يملك التصرف فيما هو من كسبه وتجارته ورقبته ليست من كسبه وليست هي من تجارته، ولهذا لا يملك بيع نفسه وإنما هي للخدمة، ولهذا لا تجب الزكاة على مولاه في رقبته وإنما عليه صدقة الفطر وكان التصرف في رقبته إلى مولاه لا إليه اهـ إتقاني. **قوله:** (**ويصح بينه**) أي الصلح جائز بين المكاتب المأذون وولي

نفسه ولا يجب عليه البدل للحال لأنه وما في يده مال المولى ويتأخر إلى ما بعد العتق، كالأمة إذا طلقها زوجها على مالٍ فقبلت وقع عليها الطلاق بائناً لأنه بعوض ويجب عليها المال بعد العتق كأنه طلق أو صالح على دين مؤجل وتصرفه في عبده من باب التجارة لأن استخلاصه كشرائه، لأنه باستحقاقه القتل صار كالزائل عن ملكه وهو لو خرج عن ملكه كان له أن يشتريه فكذا له أن يستخلصه بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يصالح عن نفسه لأنه كالحر لخروجه عن يد المولى، ولهذا لو ادَّعى أحد رقبته كان هو الخصم فيه وإذا جنى عليه كان الأرش له. وكذا إذا قتل لا تكون قيمته للمولى بل لورثته حتى تؤدّى بها كتابته ويحكم بحريّته في آخر حياته ويكون الفضل لهم فصار كالحرّ فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك العبد المأذون له فلا يجوز صلحه عن نفسه.

قال رحمه اللّه: (**ولو صالح عن المغصوب المتلف** بما زاد على قيمته أو على عرض صح ولو أعتق موسر عبداً مشتركاً فصالح الشريك على أكثر من نصف قيمته لا) **وهذا** عند أبي حنيفة رحمه اللّه. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه: لا يجوز الصلح في المغصوب أيضاً على أكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله لأن القيمة هي الواجبة في ضمان العدوان، لأنها هي التي يمكن وجوبها في الذمة دون العين إذ العين ليست من ذوات الأمثال/، فيكون ما وقع عليه الصلح بمقابلة ما [٥٨ أ/٣]

المقتول. **قوله في المتن: (ولو صالح عن المغصوب المتلف إلخ)** قيد بالإتلاف حتى لو كان قائماً يجوز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يقض القاضي بالقيمة على الغاصب، أما بعد القضاء لو صالح على أكثر منها لا يجوز بالإجماع اهـ معراج. وكتب ما نصه: قال في الهداية: قال ومن غصب ثوباً يهودياً دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه. قال الإتقاني: أي قال في الجامع الصغير ثم قال: وعلى هذا الخلاف إذا غصب عبداً فهلك في يده فصالحه على مال، ثم أقام الغاصب البينة على أن قيمته أقل مما صالح عليه بكثير لم تقبل بينته في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: تقبل بينته ويرد زيادة القيمة على الغاصب إذا كان العبد مستهلكاً كذا ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي اهـ **قوله: (وهذا)** أي جواز الصلح في مسألة الغصب وعدم جوازه في مسألة العتق قول أبي حنيفة وأما عندهما فلا يجوز الصلح في المسألتين ومحل عدم جواز الصلح عندهما في المسألة الأولى وعدم جوازه في المسألة الثانية على قول الكل ما إذا لم يقع الصلح على عرض، أما إذا وقع على عرض فإنه يجوز اتفاقاً كما سيصرح الشارح به في آخر هذه المقالة فتنبه له واللّه الموفق اهـ قوله في آخر هذه

وجب في الذمة وهي القيمة لا بمقابلة العين فيصير ما زاد عليها رباً وهذا لأن العين قد هلكت ولم يبق لها أثر فلا يمكن أن يقابلها شيء ولو أمكن لجاز بيعها فصار بمقابلة القيمة ضرورة وهي مقدّرة فلا تجوز الزيادة عليها كما قلنا في الصلح عن قتل الخطأ **وضمان العتق لا تجوز الزيادة على مقادير الدية** وعلى نصف القيمة **وصار كما إذا حكم الحاكم** بالقيمة. ولهذا لو صالح على شيء موصوف في الذمة غير الدراهم والدنانير إلى أجل لا يجوز ولو كان بدلاً عن العين لجاز. ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغاً ما بلغ، كما إذا كانت قائمة حقيقة، وهذا لأن الواجب في ذمته المثل من كل وجه وذلك هو المثل صورة ومعنى، ولهذا يجب عليه ذلك في المقدّرات فكذا في العين لأن وجوبها في الذمة ممكن، ألا ترى أن الحيوان والثياب وغيرها من غير المقدّرات يجب في الذمة في النكاح والكتابة والخلع والدية، **وفي كل ما هو معاوضة مال بغير مال** فكذا في المغصوب إذ لا تعذر في نفس الوجوب إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن لأن الآخذ والدافع لا يعرفان حقيقة ذلك لما فيه من التفاوت الفاحش ولا

المقالة أي مقالة الشرح. **قوله**: (**وضمان العتق إلخ**) هذه المسألة الثانية التي ذكرها في المتن وهي متفق عليها اهـ **قوله**: (**لا تجوز الزيادة على مقادير الدية**) أي كما إذا صالح من الدية على أكثر من ألف دينار أو من عشرة آلاف درهم لا يجوز اهـ **قوله**: (**وصار كما إذا حكم الحاكم**) قال الإتقاني: وكما إذا قضى القاضي للشفيع بأكثر من الثمن الذي اشترى به ورضي المشتري لم يجز ثم قال: وكما لو قضى القاضي بقيمة المغصوب على الغاصب ثم صالح على أكثر من القيمة لا يجوز بالاتفاق اهـ **قوله**: (**وفي كل ما هو معاوضة مال بغير مال إلخ**) قال الإتقاني: أو نقول إن حق المغصوب منه في المثل صورة ومعنى لأنه هو الأصل في ضمان العدوان وإنما ينقل عنه إلى المثل معنى وهو المثل بالقيمة عند القضاء فقبل القضاء إذا تصالحا على الأكثر لا يلزم الربا، لأن ذلك اعتياض عن حقه في العين لا استيفاء لعين حقه بأكثر منه فلا يتحقق الربا بخلاف ما إذا كان الصلح على الأكثر بعد قضاء القاضي بالقيمة لأنه تقرر الحق فيها فتكون الزيادة رباً لا محالة، وبخلاف الدية فإنها مقدّرة شرعاً فلم تجز الزيادة على ذلك لئلا يلزم تغيير الثابت شرعاً وبخلاف مسألة الشفعة أيضاً، فإن المشتري مجبور على إزالة الملك إلى الشفيع بثمن مقدر وهو الثمن الذي قام عليه فكان ذلك متعيناً فلا يملك التغيير بالزيادة على ذلك وبخلاف ضمان العتق لأنا نقول: لا نسلم أنه لا يجوز الصلح على أكثر من قيمة نصف للمعتق على قول أبي حنيفة لأن بعض أصحابنا منعوا ذلك على قول أبي حنيفة كذا ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي ولئن سلمنا ذلك فنقول لا يرد ذلك علينا لأنه ثمة حق الساكت مقدّر في القيمة شرعاً لا

ضرورة في حق الوجوب لأن الموجب هو اللّه تعالى وهو عالم به فكان الواجب مثله، فإذا أخذ عوضه أكثر من قيمته فلا يكون رباً لأنه ليس من أموال الربا **كما في حال قيام العين** أو نقول: أن العين بعد الهلاك باقية على ملك المغصوب منه ما لم يضمنه أو يتقرر حقه في القيمة بحكم الحاكم، ألا ترى أنه لو اختار ترك التضمين بقي العين في ملكه حتى يجب الكفن عليه ولو كان آبقاً فعاد من إباقه كان مملوكاً له فإذا كان كذلك فالضمان يكون عوضاً عن العين ولا ربا فيها **كما في حال قيام العين** أو نقول: أن الواجب في الأصل ردّ العين **لقوله عليه الصلاة والسلام**: «**على اليد ما أخذت** حتى تردّ»[1]. وإنما يصار إلى القيمة عند الضرورة وهي في حق الآخذ ولا ضرورة في جعل المأخوذ بدلاً عن القيمة لإمكان جعله بدلاً عن العين والدية مقدّرة شرعاً على ما بينا، وكذا ضمان العتق منصوص عليه فيكون مقدّراً، فلا تجوز الزيادة عليه لأن تقدير الشرع فوق تقدير القاضي وبه يتقرر، فكذا بما هو فوقه **وإنما لا يجوز الصلح** على موصوف في الذمة غير النقدين إلى أجل لأن المستهلك لا يوقف على أثره وما لا يوقف على أثره يكون في حكم الدين والافتراق عن دين بدين لا يجوز فكيف إذا كان مؤجلاً حتى لو لم يكن مؤجلاً وقبضه في المجلس جاز، ولو كان ذلك بدلاً عن القيمة لما جاز إلا إذا كان معيناً لأنه يكون مبيعاً حينئذٍ وبيع ما ليس عند الإنسان لا يجوز في غير السلم **ولو وقع الصلح على عرض** جاز في جميع ما ذكرنا من المقدّرات لأنه ليس عين الواجب، وإنما هو بدل عنه بالإجماع.

يحتمل المزيد، قال النبي ﷺ: «من أعتق عبداً بينه وبين شريكه قوّم العبد قيمة عدل لا وكس فيه ولا شطط فإن كان العتق موسراً فعليه خلاصه وإلا سعى العبد فيه»[2] وفيما نحن فيه لم يوجد التقدير شرعاً اهـ **قوله: (كما في حال قيام العين)** قال الإتقاني: وإن كان المغصوب قائماً فالصلح على أكثر من القيمة جائز في قولهم لأنه بيع اهـ وقد تقدّم الحكم فيما إذا كان قائماً عن الكاكي أيضاً اهـ **قوله: (كان مملوكاً له)** ولو كان اكتسب كسباً كان الكسب له ولو كان نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته كان للمغصوب منه وإنما يملك الكسب بملك الأصل اهـ إتقاني. **قوله: (لقوله ﷺ «على اليد على ما أخذت» إلى آخر الحديث)** قال الإتقاني: والدليل أن حقه لم ينقطع فيه أيضاً أنه لو صالح من القيمة على مكيل غير معين وقبض في المجلس صح ولو كان الحق منقطعاً ووجبت القيمة عيناً لما صح لأنه يكون سلماً فلا بد من شرائط عقد السلم اهـ قوله لم ينقطع فيه أي في المغصوب اهـ **قوله: (وإنما لا يجوز إلخ)** جواب عن قوله، ولهذا لو صالح على شيء موصوف إلخ اهـ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في العتق (٢٥٢٢)، وأبو داود في العتق (٣٩٣٨).

قال رحمه الله: (ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه **ما لم يضمنه** بل يلزم الموكل) هذا إذا صالح عنه عن إنكار أو سكوت أو عن إقرار في دم عمد أو فيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح على بعض الدين لأن الوكيل في هذه الأشياء **سفير ومعبر**، وهذا لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق وكذا الصلح عن القود، وأما الصلح عن بعض الدين فإسقاط محض فصارت هذه الأشياء بمنزلة الطلاق على مال، ولهذا جاز هذا الصلح من الأجنبي كما يجوز الخلع منه فلا يلزم الوكيل شيء إلا بالالتزام كالوكيل في النكاح غير أنه إذا ضمن هنا وأدّى عنه يرجع على المُوكِّل وفي النكاح لا يرجع لأن الأمر/ [٥٨ ب/٣] بالصلح عنه أمر بالأداء عنه ليفيد الأمر فائدته إذ الصلح عنه جائز بغير أمره فكان فائدة أمره الرجوع عليه إذا ضمن عنه بخلاف النكاح، لأنه لا ينفذ عليه من الأجنبي فكان فائدة الأمر فيه الجواز، ثم إن ضمن بعد ذلك وأدّى يكون متبرعاً والأمر بالخلع مثل الأمر بالصلح حتى يرجع على الآمر إن ضمن وأدّى عنه. وأما إذا صالح عنه فيما يحمل على المعاوضة بأن كان عن مال بمال عن إقرار، فإن الوكيل يلزمه ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل، لأن

قوله: (ولو وقع الصلح على عرض إلخ) قال الإتقاني: في ذيل وجه قولهما في المسألة الأولى أعني مسألة الغصب بخلاف ما إذا صالح على عرض قيمته أكثر من قيمة المغصوب فإنه يجوز لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف الغبن اليسير فإنه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعدّ ذلك فضلاً فلم يكن رباً اهـ **قوله في المتن: (ما لم يضمنه)** فأما إذا ضمن فإنه يجب عليه بحكم الكفالة والضمان لا بحكم العقد، قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: ولو ادّعى في دار رجل دعوى فصالحه عنه آخر فإذا أضاف الصلح إلى الذي في يديه الدار سواء كان عن إقرار أو عن إنكار إن كان بأمره فالضمان على الآمر ولا شيء على المصالح، والمصالح عنه سالم للذي في يديه لأنه أخرج الكلام مخرج الرسالة حيث أضاف الصلح إلى غيره بقوله صالح فلاناً ولا عهدة على الرسول وكذلك إن قال: صالحتك ولم يذكر فلاناً فهو بمنزلة الإضافة إلى فلان، لأن الصلح لقطع الخصومة والخصومة بين المدّعي وبين فلان فصار هذا والإضافة إليه سواء، وإن أضاف إلى نفسه بأن قال: صالحني فقد جعل نفسه أصلاً في العقد فيؤخذ به ثم يرجع بما ضمن على الآمر لوقوع حكم العقد له وكذلك لو لم يضف إلى نفسه ولكن ضمن أو أضاف إلى مال نفسه بأن قال: صالحتك على مائة درهم من مالي أو على عبدي هذا لأنه لما التزم المال فقد جعل نفسه أصلاً وأنه يصلح أصلاً في هذا العقد، ثم يرجع بما ضمن على الآمر لأنه بمنزلة الوكيل بالشراء أو بمنزلة الوكيل بالخلع وفي الموضعين الجواب، هكذا إلى هنا لفظ شرح الكافي اهـ إتقاني. **قوله: (سفير ومعبر)** ولا تتعلق حقوق العقد بالسفير كما في

الوكيل أصيل في المعاوضة المالية فترجع الحقوق إليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل.

قال رحمه اللّه: (**وإن صالح عنه بلا أمر صح** إن ضمن المال أو أضاف إلى ماله أو قال عليّ ألف وسلم وإلا يوقف فإن أجازه المدّعى عليه جاز وإلا بطل) وهذه المسألة على أربعة أوجه، لأنه لا يخلو إما أن ضمن المال أو لا، فإن لم يضمن **فلا يخلو إما أن أضاف** الذي وقع عليه الصلح إلى نفسه أو لا، وإن لم يضف فلا يخلو إما أن سلم العوض أو لا فالصلح جائز **في الوجوه كلها** إلا الوجه الأخير وهو ما إذا لم يضمن البدل ولم يضفه إلى نفسه ولم يسلمه إلى المدّعي أما الوجه الأول: وهو ما إذا صالح عنه بغير أمره وضمن المال **فالصلح فيه** جائز لأن الحاصل للمدّعى عليه ليس إلا البراءة، وفي مثله يستوي المدّعى عليه والأجنبي لأنه لا يسلم للمدعى عليه شيء كما لا يسلم للأجنبي ومع ذلك جاز اشتراط بدل الصلح على نفسه فكذا للأجنبي والمقصود من هذا الصلح رضا صاحب الحق لا رضا المدعى عليه إذ لاحظ له فيه، لأن الوضع مفروض فيما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص وأخواته على ما بيناه آنفاً،

الوكيل بالنكاح اهـ إتقاني. **قوله في المتن:** (**وإن صالح عنه**) أي عن المدّعى عليه اهـ **قوله في المتن:** (**بلا أمر صح**) أي إن صالح الأجنبي عن المدّعى عليه بلا أمره في شيء مما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص صح إلخ اهـ **قوله:** (**فلا يخلو إما أن أضاف**) أي المصالح الشيء اهـ **قوله:** (**جائز في الوجوه كلها**) أي ولزمه تسليمها إلى المدّعي ولا يرجع بشيء منها على المدعى عليه لأنه متبرع وصار كالكفالة بغير أمر المديون اهـ ابن فرشتا.
قوله: (**فالصلح فيه جائز**) قال الإتقاني: وذلك أن المال وإن لم يجب عليه بعقد الصلح يجب بالضمان ويلزم بضمانه للمدعي، لأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز لأن الصلح بطريق الإسقاط يصح والساقط يتلاشى فيستوي فيه الفضولي والمدعى عليه فيصلح الأجنبي أصيلاً في حق الضمان إذا أضاف الضمان إلى نفسه بأن قال: صالحني على ألف على أني ضامن، كالزوج إذا خالع امرأته مع أجنبي فضولي من جانب المرأة وضمن الأجنبي ذلك كان بدل الخلع عليه وكان أصيلاً في الضمان ومتبرعاً على المدَّعى عليه بإسقاط الخصومة فكذا هنا. قال في التحفة: فأما إذا كان بغير إذنه فهذا صلح الفضولي وهو على أربعة أوجه في ثلاثة منها يصح الصلح ويلزم المال على المصالح الفضولي ولا يجب على المدعي شيء بأن يقول الفضولي للمدعي: أصالحك من دعواك هذه على فلان بألف درهم على أني ضامن لك هذه الألف أو على هذه الألف وهما فصل واحد أو قال على ألفي هذه أو على عبدي هذا أضاف المال إلى نفسه أو عين البدل فقال على هذه الألف على هذا العبد وإنما كان هكذا لأن التبرع بإسقاط الدين بأن يقضي دين غيره بغير إذنه صحيح

والمدعي ينفرد بهذه الأمور غير أنه لم يرض بسقوط حقه مجاناً، فإذا سُلّم له العوض من جهة المتبرع صح ولزم لتمام رضاه، وإلا توقف على إجازة المدعى عليه وسلامته تكون بالضمان لأنه إن لم يلزمه بالعقد لكونه سفيراً فيه يلزمه بالضمان لولايته على نفسه فتم رضاه به وكذا بالإضافة إلى نفسه بأن يقول: صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا، لأن الإضافة إلى نفسه التزام منه للتسليم إلى المدعي وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه فصار كما لو ضمن فيصح لتمام رضاه به، والمعرّف المشار إليه بأن قال: صالحتك على هذا العبد أو على هذا الألف كالمضاف إلى نفسه لأنه تعين للتسليم إليه بشرطه فيتم به الصلح وكذا بتسليم العوض إليه بأن عقد المتبرع عقد الصلح بأن قال: صالحتك على ألف ولم يضمن ولم يضفه إلى نفسه ولكنه سلم إليه العوض المشروط، لأنه بالتسليم حقيقة تم رضاه فصار فوق الضمان والإضافة إلى نفسه، فإذا حصل له العوض في هذه المواضع الثلاثة تم رضاه به وبرئ المصالح عنه **ولم يحصل للمصالح شيء** لأنه سفير ومعبر بخلاف ما إذا صالح عن عين في يد المدعى عليه وهو مقرّ به أنه للمدعي حيث يملك المتبرع العين، لأنه معاوضة من كل وجه فيكون مشترياً لنفسه من مالكه فيملكه إذ الشراء لا يتوقف إذا وجد نفاذاً بل ينفذ عليه، ولو استحق العوض في الوجوه التي تقدمت أو وجده زيوفاً أو ستوقاً لم يرجع على المصالح لأنه متبرع التزم تسليم شيء معين ولم يلزم الإيفاء من غيره فلا يلزمه شيء آخر لم يلتزمه إذ ليس على المحسنين من سبيل، ولكن يرجع بالدعوى لأنه لم يرض بترك حقه مجاناً، إلا في صورة الضمان فإنه يرجع على المصالح، لأنه التزمه بالضمان فصار ديناً في ذمّته، ولهذا لو امتنع من/ التسليم يجبر عليه بخلاف [٥٩ ١/٣] غيرها من الصور. والرابع أن يصالحه على ألف ولم يضمن ولم يضف العوض إلى نفسه بأن قال: صالحتك على ألف فالحكم فيه أن يكون موقوفاً، لأنه لم يسلم للمدعي عوض فلم يسقط حقه مجاناً لعدم رضاه به، فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره، وإن ردّه بطل لأن المصالح لا ولاية له على المطلوب،

والتبرع بإسقاط الخصومة عن غيره صحيح والصلح عن إقرار إسقاط للدين والصلح عن إنكار إسقاط للخصومة فيجوز كيفما كان وفي فصل واحد لا يصح بأن قال: أصالحك من دعواك هذه مع فلان على ألف درهم أو على عبد وسط فإن هذا الصلح موقوف على إجازة المدعى عليه إن أجاز يصح ويجب المال عليه دون المصالح لأن الإجازة بمنزلة ابتداء التوكيل والحكم في التوكيل كذلك وإن لم يجز يبطل الصلح لأنه لا يجب المال والمدَّعى لا يسقط اهـ **قوله**: (**ولم يحصل للمصالح شيء**) أي من المدعى أي لا يصير الدين المدعى به ملكاً للمصالح اهـ

فلا ينفذ عليه تصرفه والخلع في جميع ما ذكرنا من الأحكام كالصلح وجعل في بعض شروح الجامع في باب الخلع الألف المشار إليها والعبد المشار إليه مثل الألف المنكر حتى جعل القبول إلى المرأة والله أعلم.

باب الصلح في الدين

قال رحمه الله: (الصلح عما استحق بعقد المداينة أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقي لا معاوضة) هكذا ذكر في نسخ هذا المختصر بقوله عما استحق وهذا سهو لأنه إذا صالح عن الدين لا يكون جميع صوره استيفاء لبعض حقه وإسقاطاً للباقي وإنما يكون كذلك أن لو وقع الصلح عن الدين على بعض الدين، ألا ترى أنه لو وقع عن الدين بجنس آخر يحمل على المعاوضة والصواب أن يقال: الصلح على ما استحق بعقد المداينة إلخ، فإنه يكون أصلاً جيداً لا يرد عليه نقض، وهكذا ذكر القدوري رحمه الله في مختصره بقوله: وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه. وذكر بعضهم أن الإحسان متى وجد من أحد الجانبين يكون تبرعاً، وإن وجد من الجانبين يكون معاوضة، وإنما لا يحمل على المعاوضة إذا وقع على بعض الدين لأن في حمله عليها فساد العقد للربا، وفي حمله على أنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقي جوازه فكان أولى حملاً لأمور المسلمين على الصحة ما أمكن وظاهر حاله يدل على ذلك لأنه يطلب الصحة دون الفساد إذ عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب محظور دينه.

قال رحمه الله: (فلو صالح عن ألف على نصفه **أو علي ألف مؤجل** جاز) لأنه

باب الصلح في الدين

قال الكاكي رحمه الله: لما ذكر حكم الصلح على العموم ذكر في هذا الباب حكمه عن دعوى خاص وهو دعوى الدين إذ الخصوص بعد العموم اهـ وقال الإتقاني: لما ذكر الصلح مطلقاً في عموم الدعاوى ذكر هنا الصلح في الدين لأنه صلح مقيد والمقيد بعد المطلق لأن القيد وصف زائد في الذات اهـ فتأمل في أولى العبارتين اهـ **قوله في المتن: (أو على ألف مؤجل)** يعني لو صالح الطالب عن ألف درهم حالة على المطلوب على ألف درهم مؤجلة جاز وذلك لما قلنا أن أمور المسلمين محمولة على الصحة فلو حملنا ذلك على المعاوضة يلزم بيع الدراهم بالدراهم نساء وذلك لا يجوز لأنه بيع الدين بالدين لأن

يجعل مستوفياً لنصف حقه ومسقطاً للنصف في الأولى. وفي الثانية يجعل كأنه أجل نفس الحق تحرياً للجواز ولو حمل على المعاوضة لفسد، لأن بيع الدراهم بالدراهم لا يجوز إلا مثلاً بمثل يداً بيد فلا يصار إليه. وكذا لو صالحه عن الألف على خمسمائة مؤجلة جاز كأنه أبرأه عن النصف وأخر النصف وعلى هذا لو صالح عن ألف جياد على خمسمائة زيوف حالّة أو مؤجلة جاز فيجعل مسقطاً للقدر والصفة ومستوفياً لبعض حقه أو مؤخراً، **لأن من استحق الجياد يستحق الزيوف**، ولهذا لو تجوّز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يستحقه بالعقد لما جاز، لأن المبادلة برأس مال السلم وبدل الصرف لا تجوز بخلاف عكسه وهو ما إذا كان له ألف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لا يجوز لأنه لا يمكن حمله على أنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقي لأنه لا يستحق الجياد فيكون معاوضة ضرورة فلا يجوز التفاضل فيها، لأن جيدها ورديئها سواء على ما عرف في موضعه، **وكذا لو كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالّة لا يجوز لأنه لا يستحق الحالّ** فلا يمكن حمله على أنه أخذ عين حقه **فيكون مبادلة بالضرورة** فلا يجوز إلا مثلاً بمثل لما ذكرنا.

الدراهم الحالة والدراهم المؤجلة ثابتة في الذمة والدين بالدين لا يجوز لأن النبي ﷺ نهى عن الكالئ بالكالئ فلما لم يكن حمله على المعاوضة حملناه على التأخير تصحيحاً للتصرف لأن ذلك جائز كونه تصرفاً في حق نفسه لا في حق غيره اهـ إتقاني. **قوله: (لأن من استحق الجياد استحق الزيوف)** قال الإتقاني رحمه الله: لأن المستحق للجياد مستحق لما دونها، ألا ترى أنه لو أخذ السود من مال غريمه بدون رضاه جاز ولم يجبر على الردّ ولو أخذ البيض مكان السود بدون أمره لم يجز ويجبر على الردّ اهـ **قوله: (وكذا لو كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لا يجوز)** هذه المسألة تأتي في المتن بعد أسطر اهـ **قوله: (لأنه لا يستحق الحال)** أيْ بعقد المداينة كان حقه في المؤجل اهـ إتقاني. **قوله: (فيكون مبادلة بالضرورة إلخ)** وبيع خمسمائة بألف لا يجوز لأنه ربا أو نقول: إنه اعتياض عن الأجل وأنه باطل لأن تعجيل الخمسمائة التي كانت مؤجلة في الأصل تكون بمقابلة الخمسمائة المحطوطة المؤجلة فيكون اعتياضاً على الأجل. قال الحسن بن زياد في كتاب المجرد: أخبرنا أبو حنيفة عن زياد بن ميسرة عن أبيه قال: كان لرجل عليَّ مال إلى أجل فسألني أن أعجل ويضع عني بعضه فذكرت ذلك لابن عمر فنهاني وكان أبو حنيفة يأخذ بهذا الحديث. وقال شيخ الإسلام الإسبيجابي في شرح الكافي: ولو كان له عليه ألف درهم إلى أجل فصالحه منها على خمسمائة درهم ودفعها إليه لم يجز، وعلى قياس قول أبي يوسف ينبغي أن يجوز لأنه إحسان في القضاء بالتعجيل وإحسان من صاحب الدين في الاقتضاء بحط بعض حقه لكنا نقوله هذا حسن إذا لم يكن أحدهما مشروطاً في الآخر، فإذا شرط

قال رحمه اللّه: (وعلى دنانير مؤجلة أو عن ألف مؤجل أو سود على نصف حال أو بيض لا) يعني: لو صالحه عن ألف درهم على دنانير مؤجلة أو عن ألف مؤجل على خمسمائة حالَّة أو عن ألف سود على خمسمائة بيض لا يجوز لأن من له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضة وهو/ صرف فلا يجوز تأجيله، ومن له دين [٥٩ ب/٣] مؤجل لا يستحق الحال وكذا من له دراهم سود لا يستحق البيض لأنها أجود على ما بينا، فيكون **أخذها بطريق المعاوضة** لا بطريق الاستيفاء، وشرط صحة المعاوضة في الجنس المتحد القدر المساواة ولم توجد، فلهذا بطل الصلح حتى لو صالحه على ألف حالَّة عن الألف المؤجلة أو صالحه على ألف بيض عن الألف السود جاز بشرط قبضه في المجلس لوجود المساواة في القدر وهو المعتبر في الصرف دون المساواة في الصفة. ولو كان عليه ألف فصالحه على طعام موصوف في الذمّة مؤجل لم يجز لأنه يكون افتراقاً عن دين بدين فلا يجوز، **ولو كان عليه ألف درهم** ومائة دينار فصالحه على مائة درهم جاز سواء كانت حالَّة أو مؤجلة لأنه يجعل إسقاطاً للدنانير كلها وللدراهم إلا مائة وتأجيلاً للمائة التي بقيت فلا يحمل على المعاوضة، لأن فيه فساده

أحدهما في مقابلة الآخر دخل فيه معاوضة فاسدة فكان فاسداً. وروي أن رجلاً سأل ابن عمر عن ذلك فنهاه ثم سأله فنهاه فقال: إن هذا يريد أن أطعمه الربا. وعن الشعبي مثل ذلك، وعن إبراهيم أنه قال: لابأس بذلك، إنما هو حط بعضه عنه وأبو يوسف أخذ بقوله إلى هنا لفظ شرح الكافي اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله**: (**أو عن ألف مؤجل**) هذه المسألة قد تقدمت بسطر في كلام الشارح فانظر إلى ما قبل هذه القولة نقلاً عن الإتقاني رحمه اللّه فيها فإنه مفيد اهـ **قوله**: (**أو سود**) قالوا: المراد من الدراهم السود هي الدراهم المضروبة من النقود السوداء اهـ إتقاني. **قوله**: (**أخذها بطريق المعاوضة إلخ**) فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف، فكان ربا على قدر الدين اهـ **قوله**: (**ولو كان عليه ألف درهم إلخ**) قال في الهداية: ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح. قال الإتقاني ذكره: تفريعاً على مسألة القدوري وذلك لأن المائة لما كانت مستحقة بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة فحمل على أنه أسقط حقه في الدنانير أصلاً وأسقط حقه في الدراهم إلا مائة وإذا كان كذلك جاز التأجيل في المائة لأنها ليست بعوض بل هي نفس ما كانت في الذمة. قال في شرح الكافي: وإن كان لرجل على رجل مائة درهم ومائة دينار فصالحه من ذلك على خمسين درهماً وعشرة دنانير إلى شهر جاز لأنه حط بعض حقه قدراً وبعضه وصفاً وقد ذكرنا أن الحط لا يقف على استيفاء ما بقي وكذلك لو صالح من ذلك على خمسين درهما إلى أجل أو حال لأنه حط أحد حقيه أصلاً والآخر بعض حقه والأصل في جنس هذه المسائل أن ما دار بين أن يكون استيفاء

ولأن جهة الإسقاط أرجح لأن الصلح مبني على الإغماض، ولهذا جاز عن المجهول والأصل في جنس هذه المسائل أنه متى كان الذي وقع عليه الصلح أدون من حقه قدراً ووصفاً ووقتاً أو في أحد هذه الأشياء فهو إسقاط للبعض واستيفاء للباقي لأنه استوفى دون حقه، وإن كان أزيد منه بمعنى أنه دخل فيه ما لا يستحقه من وصف أو ما هو بمعنى الوصف كتعجيل المؤجل، ومن اختلاف جنس فهو معاوضة لتعذر جعله استيفاء في غير المستحق فيشترط فيه شروط المعاوضة. وإنما كان تعجيل المؤجل كالوصف لأن المعجل خير من المؤجل، ولهذا ينقص الثمن لأجله فيكون الحط بمقابلة الأجل فيكون رباً، فلا يجوز إلا إذا صالح المولى مكاتبه عن ألف مؤجلة على خمسمائة حالَّة فإنه يجوز لأن معنى الإرفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الأجل ببعض المال ولكنه إرفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب إليه في الشرع ومساهلة من المكاتب فيما بقي قبل حلول الأجل ليتوصل به إلى شرف الحرية وهو أيضاً مندوب إليه في الشرع.

قال رحمه اللّه: (**ومن له على آخر ألف فقال: أدّ غداً** نصفه على أنك بريء من الفضل ففعل برئ وإلا لا) أي إن لم يؤدّ غداً النصف وهو خمسمائة لا يبرأ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. **وقال أبو يوسف: يبرأ** وإن لم يؤدّ ولا تعود إليه خمس المائة

وصرفاً يجعل استيفاء لأنه دون الصرف لأن الصرف عقد مبتدأ له أحكام مبتدأة والاستيفاء متمم لما يقتضيه العقد فكان حمل التصرف عند التردد عليه أولى اهـ **قوله في المتن: (ومن له على آخر ألف فقال أدّ غداً إلخ)** قال الإتقاني: وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يكون له على رجل ألف درهم حالة فقال له ادفع إليّ غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عادت الألف عليه في قول أبي حنيفة ومحمد، ولا تعود عليه في قول يعقوب إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير. وقال محمد في الأصل إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فقال له: أصالحك على أن أحط عنك خمسمائة درهم على أن تعطيني اليوم خمسمائة فصالحه على ذلك فإن أبا حنيفة ومحمداً قالا في ذلك: إن أعطاه يومئذٍ خمسمائة جاز الصلح وإن مضى ذلك اليوم قبل أن يعطيه انتقض الصلح وبطل وكانت الألف عليه على حالها. وقال أبو يوسف عليه خمسمائة وهو بريء من الخمسمائة الأخرى إلى هنا لفظ محمد في الأصل. **قوله: (وقال أبو يوسف يبرأ إلخ)** وجه قوله أبي يوسف أن الإبراء حصل مطلقاً فتثبت البراءة مطلقاً أعطى أو لم يعط فصار كما إذا بدأ بذكر الإبراء وهذا لأن الكلام خارج مخرج المطالبة لا مخرج العوض لأن كلمة عليّ وإن كانت للمعاوضة لا يصلح أداء الخمسمائة عوضاً لأن أداء ذلك واجب عليه بقضية السبب السابق وحقيقة المعاوضة إنما تكون إذا

الساقطة أبداً لأن اشتراط الأداء ضائع، لأن النقد واجب عليه في كل زمان يطالبه هو فيه إذ المال عليه حالٌ فبطل التعليق وصار إبراء مطلقاً وهذا لأنه جعل أداء خمس المائة عوضاً لأن كلمة على للمعاوضة والأداء لا يصلح عوضاً لأنه واجب عليه قبل الصلح وهو لم يذكر للإبراء عوضاً سواه والعوض هو المستفاد بالعقد ولم يستفد شيئاً فصار وجوده كعدمه فحصل الإبراء مطلقاً، كما إذا بدأ بالإبراء بأن قال: أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني خمسمائة غداً بخلاف ما إذا قال: فإن لم تنقد غداً فلا صلح بيننا لأنه مقيد وهو تعليق الفسخ بعدم النقد فإنه بمنزلة خيار الشرط، ولهذا جاز في البيع أيضاً على ما مر ذكره. **ولهما أن كلمة على تكون للشرط** كما تكون للمعاوضة فتحمل عليه عند تعذر حملها على المعاوضة لما ذكر تصحيحاً لتصرفه، فإذا كان للشرط **جاز تقييد الإبراء به لأنه يحتمل التقييد به**، وإن لم يحتمل

استفاد كل واحد منهما شيئاً لم يكن استفاده من قبل وإنما استفاده باستحقاق طارئ فلما لم يصلح أداء ذلك عوضاً صار ذكره وعدمه بمنزلة فبقي إبراء مطلقاً فلم يتقيد الإبراء بشرط سلامة العوض وجه قولهما أن هذا إبراء بشرط مرغوب فيه فيكون إبراء مقيداً بشرط سلامته كما إذا أبرأه على شرط سماه أو قيداً لإبراء بشرط الكفالة أو الرهن كما لو قال: أبرأتك عن الخمسمائة بشرط أن تعطيني بالباقي اليوم كفيلاً أو رهناً فمضى اليوم ولم يعط عاد الألف عليه كما هنا. وكالحوالة لما كانت براءة المحيل مقيدة بشرط سلامة الدين من ذمة المحتال عليه فإذا فات هذا الشرط بموت المحتال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل وإنما قلنا ذلك لأنه قد يكون ما له على إنسان مقصر في الأداء فيريد أن يشرط الحط عن بعض بشرط التعجيل في مقابلته حتى يكون ذلك حاملاً له على التأجيل وهذا متعارف بين الناس فصار الإبراء مقابلاً بالتعجيل فتقف سلامته على سلامة ذلك فصار كما لو شرطا شرطاً آخر، ولأن كلمة عليّ وإن كانت للمعاوضة حملت على معنى الشرط لأن معنى المعاوضة لا يصح هنا لما قلنا فحملت على الشرط لأن فيه معنى المعاوضة لأن في المعاوضة مقابلة أحد العوضين بالآخر والشرط أيضاً يقابل الجزاء فصار الشرط كالمذكور فكأنه قال إن لم تنقد فلا صلح فإذا لم ينقد بطل الصلح اهـ إتقاني. **قوله: (ولهما أن كلمة على تكون للشرط)** قال تعالى: ﴿يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئاً﴾ [الممتحنة: ١٢] اهـ **قوله: (جاز تقييد الإبراء به لأنه يحتمل التقييد به)** رأيت بخط قارئ الهداية هنا حاشية نصها الفرق بين التقييد والتعليق أن في التقييد لا يستعمل لفظ الشرط صريحاً ولهذا لو قال: إن أدّيت أو متى أدّيت أو إذا أدّيت لم يصح التقييد وفي التعليق يستعمل لفظ الشرط صريحاً هذا من حيث اللفظ والفرق من حيث المعنى أن في تقييد الإبراء بالشرط يحصل الإبراء في الحال بشرط وجود ما قيد به، وفي التعليق لا يحصل في الحال

التعليق به كما في الحوالة فإن الأصيل يبرأ بقيد على صفة وهو سلامة العوض له من المحال عليه فصار كما إذا أبرأه عن البعض بشرط أن يعطيه كفيلاً بالباقي أورهناً فإذا احتمل ذلك وجب حمله عليه لأن للناس غرضاً فيه **حذار**/ **إفلاسه** أو توسلاً إلى تجارة [٦٠ أ/٣] أربح منه بخلاف ما إذا قدم الإبراء، لأنه برئ بالبداءة فلا يعود الدين بالشك وفيما نحن فيه لم يبرأ في أوله وآخره معلق بشرط فلا يسقط الدين بالشك، وهذا لأن كلمة على محتملة فعلى تقدير أن تكون للشرط لا يبرأ مطلقاً وإنما يبرأ بالأداء. وعلى تقدير أن تكون للعوض يبرأ مطلقاً فلا يبرأ بالشك والاحتمال **ثم هذه المسألة على وجوه**: أحدها: ما ذكرنا، والثاني: أن يصرح بالتقييد بأن يقول: صالحتك عن الألف على خمسمائة تدفعها إليّ غداً وأنت بريء من الزيادة على أنك إن لم تدفعها إليّ غداً فلا تبرأ من الباقي فيكون الأمر كما قال، لأنه صرح بما يحتمله اللفظ فلا يزاحمه غيره، والثالث: إذا قال: أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني خمسمائة غداً **فحكمه أنه يبرأ مطلقاً** أدّى خمس المائة في الغد أو لم يؤدّ، لأن البراءة قد حصلت بالإطلاق أولاً فلا تتغير بما يوجب الشك في آخره على ما ذكرنا في الفرق بين هذه المسألة والأولى، والرابع: أن يقول: أدّ إليّ خمسمائة على أنك بريء من باقيه ولم يؤقت للأداء وقتاً فحكمه أنه يبرأ مطلقاً لأنه إبراء مطلق **إذ لم يؤقت له وقتاً** وليس له غرض صحيح لأن الأداء واجب عليه في مطلق الزمان فلا يحمل على التقييد ويحمل على المعاوضة وهو لا يصلح عوضاً، لأن العوض اسم لما استفيد بالعقد والأداء

لأن المعلق بالشرط معدوم قبله فكان التقييد بمنزلة الإضافة إلى وقت وبيانه مستقصى في أصول شمس الأئمة السرخسي ثم في مسألتنا لم يستعمل صريح لفظ الشرط ولكن فيه معنى الشرط فلذا سميناه تقييداً لا تعليقاً اهـ **قوله**: (**حذار إفلاسه**) يجوز أن يقع المفعول له معرفة كما في قولك خرجت مخافة الشر وقوله حذار إفلاسه من هذا القبيل اهـ غاية. **قوله**: (**ثم هذه المسألة على وجوه إلخ**) قال الإتقاني: وأما الوجه الذي لا يبرأ إذا لم يؤدّ ويكون المال عليه وهو الوجه الثاني فهو أن يقول أبرأتك عن خمسمائة على أن تنقدني غداً خمسمائة فإن لم تنقدني غداً خمسمائة فالألف عليك فمضى الغد ولم يعطه فالألف عليه بالإتفاق لأنه علق لزوم الإبراء بشرط إيفاء الباقي. قال عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عند شروطهم»(١) والإبراء يجوز أن يتوقف لزومه على شرط مرغوب عرفنا ذلك بآخر كلامه وهو قوله فإن لم تنقدني غداً فالألف عليك وهذا لأن الإبراء فيه معنى التمليك، ولهذا يرتد بالردّ فجاز أن يقف لزومه على الشرط اهـ **قوله**: (**فحكمه أن يبرأ مطلقاً**) أي بالإجماع اهـ إتقاني. **قوله**: (**إذ لم يؤقت له وقتاً**) أي لأنه إذا لم يؤقت له وقتاً يكون وقته العمر فلا تنتقض

---

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٥٢)، وأبو داود في الأقضية (٣٥٩٤).

واجب قبله فلغا بخلاف المسألة الأولى، لأن الأداء فيها مقيد بعدم الأداء وهو غرض صحيح على ما بينا فيتقيد به، والخامس: إذا قال: إن أدّيت إليّ خمسمائة أو إذا أدّيت **أو متى أدّيت فحكمه أنه لا يصح** لأنه تعليق بالشرط صريحاً والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط **لما فيها من معنى التمليك** لأنه يملك ما في ذمته، ولهذا يرتد بالرد بخلاف الطلاق والعتاق، لأنه إسقاط فيجوز تعليقه بالشرط وبخلاف ما تقدم من أنواع هذه المسألة، لأنه لم يعلقها فيها بصريح الشرط، وإنما أتى بالتقييد فصار كالمضاف إلى وقت بل هو مضاف إلى الوقت فلا ينافي كونه سبباً في الحال فلا يكون معلقاً بالخطر من كل وجه.

قال رحمه الله: (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط) يعني: بعضه (**ففعل صح عليه**) لأنه ليس بمكره لتمكنه من إقامة البينة أو التحليف فينكل وهو نظير الصلح مع الإنكار لأن كل واحد منهما لا ينافي الطوع والاختيار في تصرفه أقصى ما في الباب أنه مضطر لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه كبيع ما له بالطعام عند المخمصة.

البراءة بعدم الدفع اهـ إتقاني. **قوله**: (**أو متى أدّيت**) قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير: ولو قال للغريم أو للكفيل إذا أدّيت إليّ خمسمائة أو متى أدّيت أو إن أدّيت أو إن دفعت إليّ خمسمائة فأنت بريء عن الباقي فهذا كله باطل ولا يبرأ عن الباقي وإن أدّى إليه خمسمائة سواء ذكر لفظ الصلح أو لم يذكر لأنه علق البراءة بالشرط صريحاً فتبطل كما لو قال: إن دخلت الدار فقد أبرأتك بخلاف ما تقدم لأنه ما صرح بالتعليق وإن كان فيه معنى التعليق وحقيقة الفرق بينهما أن البراءة إسقاط حتى لا يتوقف على القبول ويرتد بالردّ لما فيه من معنى التمليك وتعليق التمليك بالشرط باطل كتعليق البيع وتعليق الإسقاط جائز كتعليق الطلاق والعتاق فاعتبرنا شبهة التمليك وقلنا بأنه إذا صرح بالتعليق لا يصح واعتبرنا شبهة الإسقاط. وقلنا: بالصحة إذا لم يصرح وكذلك إذا قال للكفيل وفيه نوع إشكال، لأن إبراء الكفيل إسقاط محض، ولهذا لا يرتد بردّه فينبغي أن يصح تعليقه بالشرط إلا أن إبراء الكفيل كإبراء الأصيل من حيث أنه لا يحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف ولا يصح تعليقه بما ليس بمتعارف، ولهذا قلنا: أنه إذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفس المكفول عنه أيضاً على أنه إن وافى بنفسه غداً فهو بريء من الكفالة بالمال فوافى بنفسه برئ من المال وإن علق البراءة بالإيفاء لأن هذا تعليق بشرط متعارف فصح اهـ إتقاني. **قوله**: (**فحكمه أنه لا يصح**) أي الإبراء اهـ إتقاني. **قوله**: (**لما فيها من معنى التمليك**) أي تعليق التمليكات بالأخطار باطل اهـ إتقاني. **قوله**: (**ففعل صح**) أي أخر ربُّ الدَين أو حط بعض الدين بأن أبرأ المديون عن بعض الدَين اهـ إتقاني. وكتب على قوله: صح ما

(فصل) قال رحمه اللّه: (دين بينهما صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب لشريكه أن يتبع المديون بنصفه أو يأخذ نصف الثوب من شريكه إلا أن يضمن ربع الدين) يعني: إلا أن يضمن المصالح لشريكه ربع الدين لأن أحد الشريكين لا يختص بالمقبوض من الدين إذ لا تجوز قسمته قبل القبض والمقبوض خير من الدين فقضيته أن يضمنه ربع الدين ولا يكون له سبيل على الثوب **كما في فصل الشراء** لأنه أخذ عوضه **لكن الصلح مبني على الحط** فلو ألزمناه ربع الدين لتضرر المصالح لأنه قد لا يبلغ قيمة الثوب كله ربع الدين فأثبتنا له الخيار بين أن يرجع على المدين بنصيبه وبين أن يأخذ نصف ما وقع عليه الصلح. وإذا رجع على المصالح أثبتنا للمصالح الخيار أيضاً بين أن يدفع نصف ما وقع عليه الصلح أو ربع الدين دفعاً للضرر عنهما بقدر/ الإمكان، بخلاف **فصل الشراء والاقتضاء لنفس الدين**، لأن الشراء مبني على المماكسة، فالظاهر أنه استوفى قدر حقه بل أكثر فلا ضرر عليه بالرجوع بربع الدين وفي فصل الاقتضاء قد قبض نصف الحق وهو مشترك بينهما **لما أن قسمة الدين قبل**

[٦٠ ب/٣]

نصه حتى لا يتمكن من مطالبته في الحال ولا مطالبة ما حط عنه وعند الشافعي وأحمد يتمكن لأن الدين الحال لا يتأجل بتأجيل صاحبه اهـ من خط قارئ الهداية. وكتب أيضاً ما نصه قال الإتقاني: ولا يقال أنه مكره في فعل التأخير والحط لأنه لو لم يفعل ذلك كان لا يقر لأنا لا نسلم الإكراه لأن الإكراه إنما يكون بالعقوبة والحبس ولم يوجد غاية ما في الباب أنه لو لم يفعل لا يقر ولا يلزم من ذلك عدم الجواز لأن الصلح على الإنكار أجوز ما يكون لأن الصلح إنما يكون عند المنازعة وهي عند الإنكار لا الإقرار اهـ وكتب أيضاً ما نصه في الهداية: ومعنى المسألة أن يقول ذلك سراً أما إذا قال علانية يؤخذ به اهـ أي يؤخذ المقر بالمال في الحال بلا خلاف لأنه إقرار منه بالحق اهـ (فرع) قال الإتقاني رحمه اللّه: ونختم الفصل بمسألة ذكرها في شرح الكافي في باب الصلح في الدين قال: ولو كان لرجل على رجل دراهم لا يعرفان وزنها فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز لأن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح، وإن صالحه على دراهم فهو فاسد في القياس لأنه يحتمل أن بدل الصلح أكثر منه لكنني أستحسن أن أجيزه لأن الظاهر أنه كان أقل مما عليه لأن مبنى الصلح على الحط والإغماض فكان تقديرهما بدل الصلح بشيء دلالة ظاهرة أنهما عرفاه أقل مما عليه وإن كانا لا يعرفان قدر ما عليه في نفسه اهـ (فصل) هذا الفصل في الدين المشترك قال الإتقاني: لما ذكر مطلق الدين شرع في الدين المشترك لأن الإشتراك عارض والأصل عدم العارض اهـ وقال بعض الشارحين: لما ذكر حكم الدين المفرد شرع في الدين المشترك لأن الاثنين بعد الواحد اهـ **قوله**: (**كما في فصل الشراء**) أي الآتي في المتن وهو قوله ولو اشترى بنصيبه شيئاً ضمنه ربع الدين اهـ **قوله**: (**لكن الصلح مبني على الحط**) ولهذا لا يملك أن يبيعه مرابحة كذا بخط قارئ الهداية اهـ **قوله**: (**والاقتضاء لنفس الدين**) في

القبض لا تتصوّر لأنه معنى في الذمّة فيأخذ حصته منه إذ لا ضرر عليه فيه فجعلنا المقبوض كأنه عين حقه وإن كان غيره حقيقة، ولهذا يملكه القابض وإنما يملكه بالقبض، لأن المقبوض عين والعين غير الدين حقيقة، وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ثم يضمن لشريكه حصته لما ذكرنا، والدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة أو كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما **وباعا الكل صفقة واحدة** من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما أو **قيمة العين** المشتركة المستهلكة أو بدل القرض من المال

نسخة والاقتضاء لنصف الدين اهـ **قوله: (لما أن قسمة الدين قبل القبض لا تتصور)** سيأتي في كلام الشارح قريباً من هذا المحل التعليل لعدم جواز قسمة الدين قبل القبض اهـ قال الإتقاني: وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو أن القسمة تمييز الحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولأنهما لو اقتسما الأعيان من غير تمييز لم يصح لعدم التمييز، ألا ترى أن صبرة طعام بين شريكين لو قال أحدهما للآخر: خذ منها هذا الجانب لك وهذا الجانب لي لم يصح لعدم التمييز وكذلك القسمة فيما في الذمة لما لم يتميز ولأن القسمة فيها معنى التمليك لأن كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضاً عما له في يد الآخر وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز فإذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعاً فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه وإن كان أجود منه فإن الجودة لا يعتبر بها في الجنس الواحد، ألا ترى أن من عليه الدين إذا أدّى أجود منه أجبر صاحب الدين على قبضه وصار كأنه قبض نفس حقه فلزمه أن يعطيه نصفه وإن كان المقبوض أردأ منه فلم يسلم له من دينه إلا هذا القدر فلم يلزمه ضمان غيره وإذا ثبت هذا جئنا إلى مسألة الكتاب فقلنا: إذا صالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء أتبع الذي عليه الدين بنصفه لأن الدين ثابت في ذمته فكان له أن يرجع عليه بنصفه كما لو اشترى شريكه بنصيبه ثوباً وإن شاء أخذ نصف الثوب من الشريك لأن الصلح وقع عن نصف الدين وهو مشاع بدليل ما بينا أن قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على إجازته وأخذه للنصف دلالة على إجازة العقد فصح ذلك وجاز فإن ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لأن حقه في الدين كذا في شرح الأقطع اهـ **قوله: (وباعا الكل صفقة واحدة)** قال الكاكي رحمه الله: ولا بد من قيد آخر وهو أن يزاد على هذا ويقال: إذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن وصفته لأنهما لو باعا صفقة ونصيب أحدهما أكثر ثم قبض أحدهما شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه حتى يستوفي الزيادة وكذلك لو كان نصيب أحدهما دراهم ثخية ونصيب الآخر سود فقبض السود لم يكن للآخر أن يشاركه ذكره في المبسوط اهـ وكتب على قوله صفقة

المشترك بينهما أو يكون الدين موروثاً بين اثنين. **ثم المصنف** رحمه الله قيده بكون المصالح عنه ديناً لأنه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه أن يشاركه فيه **لكونه معاوضة من كل وجه** لأن المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين، وقيده بكون المصالح عليه ثوباً ومراده خلاف جنس الدين لأنه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه أو يرجع على المدين وليس للقابض فيه خيارٌ لأنه بمنزلة قبض بعض الدين، ولا فرق فيما ذكرنا من الحكم بين أن يكون الصلح عن إقرار أو سكوت أو إنكار لأن المدّعيين يتصادقان على أن لهما على المدعى عليه ديناً وما يأخذه بدل عنه وزعمهما يكون حجة عليهما ولو أراد القابض أن يختص به ولا يرجع عليه شريكه فيما قبض فالحيلة فيه أن يهبه الغريم قدر دينه وهو يبرئه عن

واحدة ما نصه واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين حيث لا يكون للشريك الساكت المشاركة، ألا ترى إلى ما قال في شرح الكافي: عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة وكتبا عليه صكاً واحداً بألف درهم وقبض أحدهما منه شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه لأن لا شركة لهما في الدين لأن كل دين وجب بسبب على حدة اهـ غاية. **قوله: (أو قيمة العين)** بالجر عطف على ثمن من قوله كثمن المبيع اهـ **قوله: (ثم المصنف)** قال الإتقاني: وإنما وضع المسألة في الدين بين شريكين لأنه إذا ادّعى اثنان في دار فصالح أحدهما من نصيبه من الدار على مال لم يشركه الآخر ألا ترى إلى ما ذكر الحاكم الشهيد في باب الصلح في الغصب من مختصر الكافي: ولو أن رجلين ادَّعيا في دار دعوى ميراث عن أبيهما فصالح رب الدار أحدهما على مال لم يشركه الآخر فيه إن كان مقراً أو منكراً وكذلك العروض لأن في زعمهما أنه بائع نصيبه في الميراث. وقال الحاكم أيضاً في باب الصلح في العقار: ولو أن رجلين ادّعيا في يد رجل داراً وقالا: ورثناها عن أبينا وجحد الرجل ثم صالح أحدهما من حصته من هذه الدعوى على مائة درهم وأراد شريكه أن يشركه في هذه المائة لم يكن له ذلك ولم يكن له أن يأخذ من الدار شيئاً إلا أن يقيم البينة بذلك لما قال شيخ الإسلام في شرح الكافي بقوله: لأن في زعمه أن يبيع نصيبه من الدار المشتركة بينه وبين أخيه ومن باع نصيبه من مال مشترك بينه وبين غيره ليس لشريكه أن يشاركه في الثمن لأن الثمن بدل ملكه لا بدل ملك مشترك. قال شيخ الإسلام قال أبو الفضل: يعني الحاكم الشهيد ذكر عن إبراهيم بن رستم أن أبا يوسف قال: يشاركه وإن محمد قال: لا يشاركه، لأن المذهب عند أبي يوسف أن الصلح ليس بمعاوضة بل استيفاء لحقه وأجمعوا أن المدعى إذا كان ديناً فصالح أحدهما من نصيبه على شريكه لشريكه أن يشاركه لأنه استيفاء على قول الكل اهـ **قوله: (لكونه معاوضة من كل وجه)** أي إن كان عن إقرار ومعاوضة في زعم المدعى

دينه **أو يبيع الطالب** كفاً من زبيب أو نحوه بقدر نصيبه من الدين ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن الزبيب.

قال رحمه الله: (ولو قبض **نصيبه** شركه فيه ورجعا بالباقي على الغريم) لأن قسمة الدين لا تتصوّر والمقبوض بدل عنه فله أن يشاركه فيه إن شاء لكونه عين حقه من وجه حتى كان للطالب أن يأخذ منه إذا ظفر به بغير إذن الغريم ويجبر الغريم على القضاء ولا إجبار على المبادلة فإذا كان عين حقه من وجه كان له أن يشاركه فيه، **بخلاف ما إذا اشترى به ثوباً** حيث لا يكون له أن يشاركه فيه لأنه مبادلة من كل وجه بل يضمنه ربع الدين إن شاء لأنه أتلف عليه نصيبه، وإن شاء رجع على الغريم لأن حقه عليه في الحقيقة، وإنما كان له أن يشاركه في الثوب في فصل الصلح كيلا يلزم المصالح الضرر. وهنا انتفى الضرر لما ذكرنا فيرجع بربع الدين ثم يرجعان على الغريم لاستوائهما في الاقتضاء. ولو سُلّم له المقبوض واختار متابعة الغريم، ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلساً رجع على القابض بنصف ما قبض **لأن التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي** له، فإذا لم يسلم له **رجع عليه كما في الحوالة** لكن ليس له أن يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة لأن حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوي ويعود إلى ذمّته في مثلها.

قال رحمه الله: (**ولو اشترى بنصيبه شيئاً ضمنه** ربع الدين) يعني: إن شاء لأنه صار قابضاً لنصيبه بالمقاصة **ولا ضرر** عليه لأن مبنى البيع على المماكسة **بخلاف الصلح** على ما بينا، ولا يقال قسمة الدين قبل القبض لا تتصوّر/ فكيف تتصوّر [٦١/٣]

عليه إن كان عن إنكار فلا يثبت للشريك حق الشركة اهـ **قوله: (أو يبيع الطالب)** أي من المديون اهـ **قوله في المتن: (ولو قبض)** أي أحد الشريكين اهـ **قوله في المتن: (نصيبه)** أي من الدين اهـ **قوله: (بخلاف ما إذا اشترى به ثوباً)** وهي المسألة الآتية في المتن اهـ **قوله: (لأن التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي)** قال الإتقاني: لأنه إنما سلم على رجاء ما في ذمة الغريم فإذا توى لم يسلم اهـ **قوله: (رجع عليه كما في الحوالة)** أي كما إذا مات المحال عليه مفلساً يرجع المحتال له على المحيل اهـ **قوله في المتن: (ولو اشترى بنصيبه شيئاً ضمنه إلخ)** قال الإتقاني: وذلك لأن أحد ربي الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على ذمته مثل ما وجب في ذمة المديون فالتقيا قصاصاً فصار كأنه قبض نصف الدين فلو استوفى نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك فكذا هذا اهـ **قوله: (ولا ضرر عليه)** أي على الشريك المشتري في ضمان ربع الدين اهـ **قوله: (بخلاف الصلح)** يعني أن أحد الشريكين في الدين إذا اشترى بنصيبه سلعة ليس له الخيار بل يضمن ربع الدين بخلاف ما إذا صالح عن نصيبه على سلعة كالثوب مثلاً حيث يكون المصالح بالخيار إن

المقاصة فيه لأنا نقول: قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمناً وإنما لا تجوز قصداً، وهنا وقعت القسمة في ضمن صحة الشراء أو صحة المصالحة وكم من شيء يصح ضمناً ولا يصح قصداً، وللغريم أن لا يتبع القابض في الجميع ويرجع على المدين لأن القابض قبض حقه إلا أن له حق المشاركة فكان له أن يشاركه، ولو كان للمطلوب على أحدهما دين **قبل وجوب دينهما عليه** حتى صار دينه قصاصاً به فلا ضمان عليه **لأنه قضى ديناً كان عليه** لما عرف أن آخر الدينين قضاء لأولهما وبه لا يجب الضمان، وإنما يجب بالاقتضاء، وكذا المشاركة لا تجب بالقضاء وإنما تجب بالاقتضاء، **ولو أبرأه أحدهما عن نصيبه فكذلك لا يضمن** لأن الإبراء فوق الصلح في التبرّع، لأنه لم يقبض شيئاً فإذا لم يضمن في الصلح ففي هذا أولى أن لا يضمن ولو أبرأه عن البعض **كانت قسمة الباقي بينهما على ما بقي من السهام** لأن الحق عاد إلى هذا القدر. ولو غصب أحدهما عيناً من المدين أو اشترى منه شراء فاسداً فهلك عنده فهو قبض لأنه بالهلاك وجب للغريم عليه دين فالتقيا قصاصاً ودين الغريم آخرهما فيكون قضاء من الغريم واقتضاء من الطالب فيضمن لشريكه، **والاستئجار بنصيبه كالشراء بنصيبه** حتى

شاء دفع إليه نصف الثوب وإن شاء دفع إليه ربع الدين. وعند زفر يلزمه أن يؤدي إليه ربع الدين بلا خيار كما لو اشترى لأنه صار به قابضاً ونحن نفرق بينهما وجه الفرق أن مبنى الصلح على الحطيطة والتجوّز بدون الحق وما صار إليه إلا لضرورة داعية فإذا ألزمناه ردّ حصة الساكت يلزم الضرر بخلاف الشراء، لأن مبناه على المماكسة دون التجوّز فلا يلزم الضرر في إلزام ردّ الحصة اهـ إتقاني. **قوله**: (**قبل وجوب دينهما عليه**) قال الإتقاني: وصورته ما ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في الدين إلى أجل قال: وإذا كان لرجلين على رجل دين ألف درهم من ثمن مبيع فأقر أحدهما أنه كان للمطلوب عليه خمسمائة قبل دينهما فقد برئ المطلوب من حصته ولا شيء للشريك عليه لأن في زعمه أنه قضى دين المطلوب بما داينه أو أقرضه ومن قضى ديناً عليه من مال مشترك ليس للشريك أن يشاركه ولو اقتضى من دين مشترك كان للشريك أن يشاركه وفيما نحن فيه هو قاض لا مقتض لأن آخر الدينين يجعل قضاء عن أولهما أما أولهما لا يجعل قضاء لأن القضاء لا يسبق الوجوب اهـ **قوله**: (**لأنه قضى ديناً كان عليه**) أي هو مؤدّ دينه لا مستردّ دينه اهـ **قوله**: (**ولو أبرأه أحدهما عن نصيبه**) أي أو وهبه له اهـ إتقاني. **قوله**: (**فكذلك لا يضمن**) أي لأنه أسقط حقه والإسقاط لا يسمى استيفاء اهـ إتقاني. **قوله**: (**كانت قسمة الباقي بينهما على ما بقي من السهام**) أي كما إذا أبرأ أحدهما عن نصف دينه والدين عشرون درهماً يكون للمبرئ المطالبة بخمسة دراهم وللساكت بعشرة دراهم اهـ غاية. **قوله**: (**والاستئجار بنصيبه كالشراء بنصيبه**) أي حتى لا يرجع عليه شريكه عندهم لحصول

يضمن ربع الدين لأن للمنافع حكم المال وعن محمد رحمه اللّه أنه إذا أضاف العقد إلى الدين لا يرجع عليه لأنه إتلاف، ولو أحرق أحدهما متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضاً عند أبي يوسف رحمه اللّه حتى لا يرجع عليه شريكه لأنه لم يحصل في يده شيء بخلاف الغصب، ثم الإحراق بالنار **حيث يرجع عليه** وإن أتلفه بالإحراق، لأن الضمان حصل بالقبض فيستند إليه فيملكه من ذلك الوقت بخلاف ما إذا أحرقه في يد مالكه من غير قبض، وعند محمد رحمه اللّه هو قبض فيرجع عليه لأنه بالإحراق وجب عليه الضمان فصار ديناً في ذمّته فالتقيا قصاصاً وقد ذكرنا أن آخر الدينين قضاء للأول فصار مقتضياً فيرجع عليه، وتزوُّج أحدهما بنصيبه بأن كان لهما دين على امرأة فزوجته عليه نفسها أو على مولى الأمة فزوجها المولى منه عليه أو على المكاتبة أو على الأمة المأذون لها فتزوجها عليه بإذن المولى ليس بقبض في ظاهر الرواية حتى لا يرجع عليه شريكه لأنه لم يسلم له شيء **يمكنه المشاركة فيه** فصار كالجناية على نفس المدين وكالإبراء. وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة على ما بينا. والصحيح الأول لأنه إتلاف ولأن النكاح يتعلق بعين الدين عند الإضافة إليه فتملكه بعينه ثم يسقط عن ذمتها كالهبة، بخلاف ما إذا لم يضف العقد إليه بأن سمى دراهم مطلقة فوقع التقاص بنصيبه حيث يرجع عليه شريكه بالإجماع لأنها لم تملكه وإنما ملكت غيره فالتقيا قصاصاً والصلح عليه عن جناية العمد ليس بقبض لأنه لم يملك شيئاً قابلاً للشركة بمقابلته. ولو أخر أحدهما نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز ومحمد معه في رواية **ومع أبي حنيفة في أخرى** لأبي يوسف رحمه اللّه أنه إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء

القبض بالمقاصة. في المبسوط استأجر بنصيبه داراً من الغريم وسكنها يرجع الشريك عليه بنصف نصيبه، وروى ابن سماعة عن محمد هذا إذا استأجر بخمسمائة مطلقاً، أما إذا استأجر بحصته من الدين لا يرجع الآخر عليه بشيء وجعل هذا بمنزلة النكاح لأن المنفعة ليست بمال مطلقاً فإذا كان كذلك يكون بدل نصيبه المنفعة فلا يضمن باعتباره مالاً لشريكه اهـ معراج الدراية. **قوله: (حيث يرجع عليه)** قيل: المسألة المختلف فيها ما إذا رمى النار على ثوب المديون فأحرقه أما إذا أخذ الثوب فأحرقه فالساكت يتبع المحرق بالإجماع اهـ قارئ الهداية. **قوله: (يمكنه المشاركة فيه)** أي إذ البضع لا يحتمل المشاركة اهـ **قوله: (ومع أبي حنيفة في أخرى)** قال في الهداية: ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتباراً بالإبراء المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدّي إلى قسمة الدين قبل القبض. قال الإتقاني رحمه اللّه: اعلم أن ذكر الخلاف على هذا الوجه فيه نظر لأن قول محمد مع أبي يوسف في سائر الكتب لا مع أبي حنيفة ثم قال بعد كلام طويل: فعلى هذا يكون ما ذكره

المؤبد ولأنه تصرف في خالص حقه فلا يمنع منه ولا يكون ذلك قسمة الدين بل يبقى كل واحد من النصيبين على الشركة، وذلك بأن يكون المؤجل بينهما إذا حلّ الأجل ويرجع المؤخر على القابض عند حلول/ الأجل **ولأبي حنيفة** رحمه اللّه **أنه يؤدّي إلى قسمة الدين قبل القبض** وهي لا تجوز فيه لأن القسمة فيها معنى تمييز الحقوق والإفراز وفيها معنى التمليك والمبادلة والدين لا يتصوّر فيه التمييز ولا يجوز تمليكه من غير من عليه الدين لأنه وصف في الذمة فبطل. وإنما قلنا: بأنه يؤدّي إلى قسمة الدين **لأن الحالّ والمؤجل مختلفان وصفاًوحكماً حتى لا يطالب** الساكت بنصيبه في الحالّ فكيف يتصوّر هذا الاختلاف بينهما من غير قسمة. وهل دعوى عدم القسمة [٦١ ب/٣]

صاحب الهداية بناء على اختلاف روايتي الكتابين كتاب الشركة وكتاب الصلح ففي كتاب الشركة قول محمد مع أبي حنيفة وفي كتاب الصلح مع أبي يوسف اهـ قوله: وكتاب الصلح أي من الأصل لمحمد رحمه اللّه تعالى وكتب ما نصه قال في معراج الدراية: ما ذكره الشيخ من الاختلاف مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والأسرار والإيضاح وغيرها حيث ذكر فيها قول محمد مع أبي يوسف ثم هذا الاختلاف في إنشاء التأخير أما لو أقر أحد الشريكين أن الدين مؤجل وأنكر الآخر صح إقراره في نصيبه بالإجماع، وفي المبسوط وهو حجة أبي يوسف ومحمد فإنهما يقيسان الإنشاء على الإقرار اهـ قال الإتقاني: عقب دليل أبي حنيفة ولا يلزم إذا أقر بتأخير نصيبه فإنه إنما يصح إذا أقر بتأخير كله إلا أنه ينفذ إقراره في نصيب نفسه وكان في زعمه أن الكل مؤجل وفي زعم الآخر أن الكل حال أما لو أقر بتأخير نصيب نفسه فحينئذٍ لا يصح عند أبي حنيفة لأنه أقر بما لا يملك إنشاءه كذا ذكر في شرح الكافي اهـ **قوله: (ولأبي حنيفة أنه يؤدّي إلى قسمة الدين قبل القبض)** أي وهو باطل كما إذا كان لهما ألف درهم سود وألف درهم بيض على رجل فاصطلحا على أن يكون البيض لأحدهما والسود للآخر كان باطلاً ولا شك أن فيه معنى القسمة لتمييز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر ونعني من القسمة هذا اهـ غاية. **قوله: (لأن الحال والمؤجل مختلفان وصفاً وحكماً)** أما وصفا فلأن أحدهما مؤجل والآخر معجل، وأما حكماً فللساكت أن يطالب بنصيبه لا للآخر لو أقسمه ليست إلا لأن يتميز أحدهما عن الآخر وقد صار كذلك إليه أشار في المبسوط. وقال في الأسرار: عامة مشايخنا يحتجون في هذه المسألة بقسمة الدين قبل القبض وهذا كلام ظاهر الاختلال لأن أبا يوسف ومحمداً يقولان التأجيل لا يوجب القسمة لأنه تصرف في المطالبة فأصل الدين يبقى على ما كان مشتركاً وتغير صفة الدين وهو المطالبة وتغير صفة النصيب لا يدل على انقطاع الشركة، ألا ترى أن أحدهما لو أقر أن نصيبه لفلان صح وقد تغير صفة الملك فإنه كان مضافاً إليه والآن صار مضافاً إلى غيره وكذا لو كان عيناً لا يحتمل القسمة فوهب أحدهما نصيبه لأجنبي وسلم صح والشركة باقية لكن قال شمس الأئمة السرخسي: أن نصيب

فيه بعد ذلك إلا دعوى المحال. ولأن فيه ضرراً على شريكه بأن يجعل مؤنة الطلب عليه فقط بيانه أن الساكت يطالب بنصيبه في الحال فإذا خلص منه رجع عليه هو بنصيبه عند حلول الأجل ثم يرجعان على الغريم فيؤخر هو نصيبه أيضاً مثل ما أخر في الأول فيطالب الساكت بنصيبه، فإذا خلص منه رجع عليه به عند حلول الأجل ولم يزل يعمل هكذا إلى أن يستوفي الكل وفيه تفويت غرضه بمنعه من وصول حقه له في الحال وهذا ضرر ظاهر لا يخفى على أحد فلا يمكن منه كما لا يُمَكَّنُ أحد الشريكين **أن يكاتب نصيبه بغير رضا الآخر بخلاف الإبراء** لأنه لا ضرر عليه فيه وهو أيضاً لا يؤدي إلى قسمته لأن القسمة إنما تكون مع بقاء النصيبين ملكاً للشريكين **ولم يبق للمبرئ فيه** ملك فلا تكون قسمة، وإنما هو إتلاف لنصيبه فقط وذلك جائز قبل القسمة، ألا ترى أنه لو أقر بنصيبه من الدين لإنسان صح إقراره وصار ملكاً للمقر له لكونه إتلافاً لنصيبه ولو كان قسمة لما جاز ذلك.

قال رحمه الله: (**وبطل صلح** أحدٍ ربى السلم عن نصيبه على ما دفع) **أي على ما دفع من رأس المال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد** وقال أبو يوسف يجوز هذا الصلح، وإنما شرط أن يكون هذا الصلح على رأس المال لأنه لو كان على غيره لا يجوز

أحدهما يصير مخالفاً لنصيب الآخر وصفاً وحكماً إلى آخر ما ذكرنا وبهذا تتحقق القسمة. قال في النهاية: والقول ما قالت حذام اهـ معراج. **قوله**: (**حتى يطالب**) يوجد في نسخ عديدة حتى لا بإثبات لا والصواب حذفها يؤيده قوله بعد هذا بسطر بيانه إلخ اهـ شاهدت لا ثابتة في خط الشارح رحمه الله والصواب حذفها اهـ **قوله**: (**أن يكاتب نصيبه بغير رضا الآخر**) فلو كاتب أحدهما كان للآخر أن يبطل الكتابة ذكره في النهاية اهـ **قوله**: (**بخلاف الإبراء**) يعني لو أبرأ أحدهما المديون عن نصيبه فإنه يجوز بلا خلاف اهـ **قوله**: (**ولم يبق للمبرئ فيه**) أي نصيبه اهـ **قوله في المتن**: (**وبطل**) أي بطل بدون إجازة الشريك أي لم ينفذ ويتوقف على إجازة شريكه فإن ردّه بطل الصلح أصلاً وبقي المسلم فيه بينهما على حاله. وإن أجازه نفذ عليهما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقي الطعام بينهما اهـ اختيار. **قوله في المتن**: (**صلح**) سماه صلحاً مجازاً إذ هو فسخ في الحقيقة اهـ من خط قارئ الهداية. وكتب على لفظ المتن ما نصه: معناه أن أحد شريكي السلم إذا صالح من نصيبه من المسلم فيه على نصيبه من رأس المال بأن أراد أن يأخذ رأس ماله ويفسخ عقد الشركة جاز عند أبي يوسف خلافاً لهما اهـ إتقاني. **قوله**: (**على ما دفع من رأس المال**) إلا أن يجيزه شريكه اهـ إتقاني. نقلاً عن التقريب اهـ وسيأتي في كلام الشارح قريباً اهـ **قوله**: (**وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله**) وقد ذكر الخلاف هكذا في الأصل وفي شرح الطحاوي للإسبيجابي والمختلف والحصر والمنظومة وكتاب التقريب للقدوري وغير ذلك وقال في شرح الأقطع: لم يجز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز الصلح وجعل قول محمد مع أبي يوسف اهـ

بالإجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه. لأبي يوسف رحمه اللّه أنه تصرف في خالص حقه فيجوز كما في سائر الديون، وهذا لأن الصلح فيه على رأس المال كالصلح في غيره على ما أراد من المال، ألا ترى أنه يجوز إذا أجازه شريكه ويشاركه في المقبوض ويرجعان على الغريم، فإذا كان كذلك وجب أن ينفذ في حقه ثم يكون لشريكه الخيار إن شاء شاركه فيما قبض ويكون الدين بينهما وإن شاء رجع على المسلم إليه كسائر الديون **وكإقالة نصيبه في المبيع المعين ولهما** أن هذا العقد حقهما فلا ينفرد أحدهما بفسخه وهذا لأن المسلم فيه لم يكن موجوداً قبل العقد وجواز التصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد والعقد قد تم بهما فصار كل واحد منهما بالتصرف كشطر العلة وشطر العلة لا يثبت به شيء من الحكم ما لم يتم ذلك بإجازة الآخر، كما لو زوّج أحد المعتقين المعتقة بخلاف شراء العين فإن العين أصل لوجود العقد حتى لا يجوز العقد إلا بوجودها فكذا تكون أصلاً لصحة الرفع لأن العين موجودة حساً ومعاينة قبل العقد وكان لكل واحد منهما ولاية التصرف فيها ولا يستفيده بالعقد، فكذا رفعه لتمام العلة فيها **وفي المسلم فيه لا يثبت الملك إلا بالعقد** ولا ولاية التصرف فيه إلا به، فكان فعلهما علة ثبوت الشركة والولاية، ولأنه لو جاز في نصيبه خاصة بدون إذن شريكه لكان قسمة للدين وهو في الذمة ولو جاز في نصيبهما من غير/ إذنه فلا بد من إجازته دفعاً للضرر عنه **ولأنه يلزم** من رجوع شريكه [٦٢/أ ٣]

إتقاني. **قوله: (وكإقالة نصيبه في المبيع المعين)** أي كما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه اهـ **قوله: (ولهما إلخ)** قال الإتقاني: ولهما أنه لو جاز صلح أحدهما لا يخلو إما أن يجوز في نصيبه خاصة أو في نصف من نصيبهما جميعاً فإن جاز في نصيبه خاصة يلزم قسمة الدين قبل القبض وذلك فاسد لما بينا قبل هذا عند قوله ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف وعند قوله: وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب وإن جاز في نصف من النصيبين جميعاً يكون ذلك فسخاً في حق شريكه وهو لا يملك ذلك فلا بد من رضا الآخر لأن الفسخ في باب السلم بولاية العقد فإن المسلم فيه حادث بالعقد ليس بمحسوس لأنه ثابت في الذمة فصار العقد أصلاً فيه واستندت ولاية الفسخ إلى العقد، والعقد قائم بهما فلا ينفرد أحدهما بالفسخ اهـ (فرع) وحاصله أنهما اعتبرا جانب العقد لأن به يصير المسلم فيه موجوداً بخلاف شراء العين فإنه موجود قبل العقد وأبو يوسف اعتبر جانب الدين فما قاله أبو يوسف ظاهر لأن المسلم فيه دين كسائر الديون وما قالاه أدق في الفرق كذا في المبسوط والأسرار اهـ **قوله: (وفي المسلم فيه لا يثبت الملك إلا بالعقد)** أي لأنه دين ثبت بالعقد وقبل العقد لم يكن موجوداً اهـ **قوله: (ولأنه يلزم إلخ)** يعني لو جاز صلح أحدهما على رأس المال كما قال أبو يوسف لشاركه الشريك

عليه عود الدين **وهو المسلم فيه إلى ذمته** والمسلم فيه لا يعود بعد سقوطه، **ولهذا لو تقايلا** ثم فسخا الإقالة لا تنفسخ بخلاف بيع العين **ويلزم منه أيضاً أن يجوز صلحه** ثانياً حتى يسقط عنه ما عاد إلى ذمته وكذا ثالثاً ورابعاً إلى أن لا يبقى منه شيء لأن غرضه براءة ذمته ولن يحصل ذلك إلا بسقوط الكل، **هذا إذا كان رأس المال مخلوطاً** فلا إشكال فيه، وإن لم يخلطاه ونقد كل واحد منهما على حدة اختلفوا فيه، فقال بعضهم: يجوز عندهما أيضاً لأن المانع كونه يؤدّي إلى العود بعد سقوطه ولم يوجد هذا المعنى هنا لأن الدافع يأخذ منه ما دفعه إليه وليس للآخر أن يشركه فيه لأنه لم يدفع إليه شيئاً آخر فلا يؤدّي إلى عوده بعد سقوطه. وقال بعضهم: هذه الصورة أيضاً على الخلاف لأن عدم الجواز عندهما لكونه يؤدّي إلى قسمة الدين قبل القبض أو لأن العقد حقهما إلى آخر ما ذكرنا وقد وجد هذا المعنى هنا فلا يجوز وهو الصحيح لأن العلل التي ذكرناها كل واحدة منها مبطلة، لكن عند عدم الخلط يبطل بعلة واحدة وعند وجود الخلط بعلل، ولأن من أجازه لم يجزه إلا لعدم العلة المعينة وذلك لا ينهض حجة لعدم الحكم لجواز ترادف العلل على حكم واحد فعدم بعضها لا يدل على الحكم لجواز أن يخلفه غيره، على أنا لا نسلم أن صاحبه لا يشاركه في المقبوض إذا لم يخلطا المال بل له أن يشاركه فيه لأن الشركة فيه إنما تثبت لكونهما اشتركا في دين السلم والشركة في دين السلم ثابتة بسبب اتحاد العقد، ولهذا لا يقبض أحدهما شيئاً من المسلم فيه إلا شاركه فيه صاحبه ولا تأثير لخلط المال فيه ولا لعدمه فكذا في رأس المال عند الفسخ فكان الاحتجاج به باطلاً.

الآخر في المقبوض من رأس المال فإذا شاركه وأخذ منه حصته رجع الشريك المصالح بذلك القدر من المسلم فيه على المسلم إليه لأنه لم يسلم له ذلك القدر بالصلح الواقع بين المصالح والمسلم إليه وقد كان ذلك القدر ساقطاً بالصلح ثم عاد فيلزم عود السلم بعد سقوطه وذلك باطل لأنه يلزم من نفيه ثبوته اهـ **قوله: (وهو المسلم فيه إلى ذمته)** أي ذمة المسلم إليه اهـ **قوله: (ولهذا لو تقايلا)** أي في السلم اهـ **قوله: (ويلزم منه أيضاً أن يجوز صلحه)** أي صلح المسلم إليه اهـ **قوله: (هذا إذا كان رأس المال مخلوطاً)** قال في الهداية: قالوا: هذا إذا خلطا المال قال الإتقاني: أي قال المتأخرون من مشايخنا: هذا الخلاف فيما إذا خلطا رأس المال وكان رأس المال مشتركاً بينهما. ولنا في قيلهم نظر لأن محمداً ذكر المسألة في باب الصلح في السلم بين الرجلين على الخلاف المذكور ولم يتعرض للخلط وعدمه بل أطلق الجواب والحاكم الشهيد وضع المسألة في مختصر الكافي في كتاب الصلح فيما إذا لم يخلطا وصرح بذلك ووضعها في كتاب البيوع فيما إذا نقد رأس مال مشترك بينهما وذكر خلاف أبي يوسف في الموضعين كما بينا اهـ **قوله**

قال رحمه اللّه: (**وإن أخرجت الورثة** أحدهم عن عرض أو عقار بمال أو عن ذهب بفضة أو بالعكس) أي عن فضة بذهب (صح قلَّ أو كثر) يعني: قلَّ ما أعطوه أو كثر لأنه يحمل على المبادلة لأنه صلح عن عين ولا يمكن حمله على الإبراء إذ لا دين عليهم **ولا يتصور الإبراء** عن العين وبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس، **وفيه الأثر**: «**أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف** صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار. وقيل: على ثلاثة وثمانين ألفاً بمحضر من الصحابة رضي اللّه تعالى عنهم»(١). وروي أن ذلك كان نصف حقها، وروي عن ابن عباس رضي اللّه تعالى عنهما أنه قال: «يتخارج أهل

في المتن: (**وإن أخرجت الورثة إلخ**) في الهداية عقد لهذا فصلاً فقال: فصل في التخارج قال الإتقاني: معنى التخارج أن يصالح بعض الورثة من نصيبه على شيء فيخرج من البين وإنما أخر هذا الفصل لقلة وقوعه لأن كل أحد لا يرضى بأن يخرج من البين بشيء يأخذه لأن الظاهر أن الذي يأخذه دون نصيبه اهـ **قوله**: (**ولا يتصور الإبراء**) أي لأن الإبراء عن الأعيان غير المضمونة لا يصح اهـ **قوله**: (**وفيه الأثر**) أي عن عثمان رضي اللّه عنه. **قوله**: (**أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف**) أي كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً وقد ذكر محمدٌ الألف مطلقاً ولم يفسر أنها دراهم أو دنانير وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار اهـ إتقاني. ثم قال: قال الواحدي في كتاب أسباب نزول القرآن في براءة قوله تعالى: ﴿الذين يلمزون المطوّعين﴾ [التوبة:٧٩]، وقال قتادة وغيره: حث رسول اللّه ﷺ على الصدقة فجاء عبد الرحمن بن عوف بأربعة آلاف درهم وقال يا رسول اللّه مالي ثمانية آلاف جئتك بنصفها فاجعله في سبيل اللّه وأمسكت نصفها لعيالي، فقال رسول اللّه ﷺ: «بارك اللّه لك فيما أعطيت وفيما أمسكت»(٢) فبارك اللّه في مال عبد الرحمن حتى أنه خلف امرأتين حين مات فبلغ ثمن ماله لهما مائة وستين ألف درهم ففي هذا الحديث دليل أن جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فإن مالاً بلغ الصلح عن ربع ثمنها هذا المبلغ يكون مما لا يحصى عدده، والظاهر أن قدره وقت الصلح لا يكون مستدركاً فلا يكون نصيب المصالحة مستدركاً اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: قال الكاكي

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره القرطبي في تفسيره (٣/٣٠٣)، والمتقي الهندي في كنز العمال (٣٦٢٣٥).

الميراث»[١] أي يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح ولا يشترط أن تكون أعيان التركة معلومة لأنه لا يحتاج فيه إلى التسليم **وبيع ما لم يعلم قدره فيه** جائز **كمن أقر بغصب شيء** فباعه المقر له من المقر جاز وإن لم يعرفا قدره لما ذكرنا ذكره في النهاية معزياً إلى الذخيرة وإلى التتمة. وقال لا تشترط معرفته بالاتفاق وقال ذكره في التتمة. وقال صاحب الهداية: فيما إذا وقع الصلح عن ذهب بفضة أو وقع عن فضة بذهب يعتبر التقابض في المجلس لأنه/ صرف غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً [٦٢ ب/٣] يكتفي بذلك القبض، لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وإن كان مقراً يعني مقراً غير مانع لا بد من تجديد القبض، لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح، وهذا يشير إلى أن العلم به شرط **لأن قبض المجهول** لا يمكن، **ثم ذكر بعده روايتين فيما**

رحمه الله: فهذا دليل ثروة عبد الرحمن رضي الله عنه وقد كان قاسم الله ماله في حياته أربع مرات في كل مرة تصدق بنصفه وأمسك نصفه فدل ذلك على أنه لا بأس بجمع المال واكتساب الغنى من الحل فإن عبد الرحمن رضي الله تعالى عنه من علية الصحابة رضي الله عنهم والعشرة المبشرة ولكن ترك الجمع والاستكثار وإنفاق المال أولى لأنه طريق اختاره رسول الله ﷺ قال عليه الصلاة والسلام: «اللّهم أحيني مسكيناً»[٢] الحديث اهـ (فرع) الندب إلى الصلح، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ردّوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن»[٣] قال مشايخنا: هذا في حال اشتباه وجه القضاء أما في حال ظهور وجه القضاء ينبغي أن يقضي بينهما لأن في الدعاء إلى الصلح أمراً لأحدهما بترك بعض حقه وما ينبغي للقاضي أن يفعل ذلك والصحيح أنه يجوز دعاؤهما إلى الصلح بطريق الندب لا بطريق الإلزام لما قال من الفائدة وهو صيانتهما عن الوقوع في العداوة، وينبغي أن لا يدعوهما إلى ذلك إلا مرة أو مرتين فإن أبيا عن ذلك يفصل بينهما بالقضاء وينبغي أن لا يتولاه بنفسه ولكن يردّهما إلى من يسمعان قوله من أهلهما لأن صاحب الحق عسى أن يحتشم من القاضي فيترك بعض حقه حشمة من القاضي. وفي بعض الروايات «ردوا الخصوم من ذوي الأرحام إلى أهلها» والصلح في حقها أندب احترازاً عن قطيعة الرحم اهـ إتقاني. **قوله: (وبيع ما لم يعلم قدره فيه)** أي في التخارج اهـ **قوله: (كمن أقر بغصب شيء)** أي أو أقر أن فلاناً أودعه شيئاً اهـ نهاية. **قوله: (لأن قبض المجهول إلخ)** قبض المجهول العين هو الذي لا يمكن أما مجهول القدر فيمكن قبضه

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الحوالة، باب الحوالة، وهل يرجع في الحوالة؟ موقوفاً، على سيدنا ابن عباس.

(٢) أخرجه الترمذي في الزهد (٢٣٥٢)، وابن ماجه في الزهد (٤١٢٦).

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٦/٦٦).

إذا وقع الصلح عن المكيل أو الموزون. وإنما لا ينوب هذا القبض عن قبض الصلح لأن قبض الأمانة لا ينوب عن المضمون فلا بد من تجديده بأن ينتهي إلى مكان يتمكن من قبضه بالتخلية والمضمون ينوب عن الأمانة وعند اتحاد القبضين ينوب أحدهما عن الآخر كالمضمون عن المضمون أو الأمانة عن الأمانة.

قال رحمه الله: (وعن نقدين وغيرهما بأحد النقدين لا ما لم يكن المعطى أكثر من حظه منه) أي لو صالح عن الفضة والذهب وغيرهما من العروض والعقار على الذهب والفضة لا يجوز الصلح حتى يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون قدر نصيبه بنصيبه والزائد بحقه من بقية التركة، لأنه لما حمل على المعاوضة لتعذر حمله على الإبراء من الأعيان وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه وذلك بما ذكرنا لأنه لو أعطوه قدر حقه أو أقل يكون العروض أو العروض وبعض الذهب أو الفضة حاصلاً لهم بلا عوض فيكون رباً. وكذا إذا لم يعلم قدر نصيبه لاحتمال الربا، لأن الفساد على تقدير أن يكون مساوياً له أو أقل فكان أرجح وأولى بالاعتبار. **وقال الحاكم** الشهيد: إنما يبطل على أقل من نصيبه في مال الربا في حالة التصادق. وأما في حالة التناكر بأن أنكروا وراثته فيجوز، **ووجه ذلك** أن في حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلاً لا في حق الآخذ **ولا في حق الدافع**، هكذا ذكره المرغيناني، فلا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفاً في قدره ولو كان بدل الصلح عرضاً في الصور كلها جاز مطلقاً قليلاً كان أو كثيراً قبض في المجلس أو لم يقبض لعدم الربا. وإذا كان بدل الصلح دراهم أو دنانير صح الصلح

والكلام فيه اهـ قارئ الهداية. **قوله**: (**ثم ذكر بعده روايتين فيما إذا وقع الصلح إلخ**) الذي ذكره من الروايتين إنما هو فيما إذا وقع الصلح عن المكيل والموزون وأعيان التركة غير معلومة بناء على أنه يحتمل أن يكون في التركة مكيل أو موزون من جنس ما وقع عليه الصلح فيكون رباً أو شبهة الربا كذا بخط قارئ الهداية رحمه الله. **قوله**: (**وقال الحاكم**) أي أبو الفضل اهـ **قوله**: (**وجه ذلك إلخ**) قال الإتقاني: قال شيخ الإسلام الإسبيجابي: قال أبو الفضل: يعني الحاكم الشهيد: إنما يبطل الصلح على أقل من نصيبهما من العين في حالة التصادق وقد بين ذلك في موضع آخر من هذا الكتاب أي من مختصر الكافي أما في حالة المناكرة فالصلح جائز لأنه إن لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه إسقاطاً ثم قال شيخ الإسلام: والصحيح أنه باطل في الوجهين لأنه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا اهـ قوله: قال شيخ الإسلام الإسبيجابي: أي قال في شرح الكافي اهـ **قوله**: (**ولا في حق الدافع**) أي لأن في حال المناكرة المعطي يعطي المال ليقطع المنازعة ويفدي يمينه فلا يتمكن الربا إلى هذا أشار محمد بعد هذا اهـ ذخيرة.

كيفما كان لأنا نصرف الجنس إلى خلاف الجنس تصحيحاً للعقد، كما في البيع بل أولى به لأن المقصود من الصلح قطع المنازعة ولكن يشترط التقابض فيه قبل الافتراق لأنه صرف.

قال رحمه اللّه: (ولو في التركة دين على الناس فأخرجوه ليكون الدين لهم بطل) لأن فيه تمليك الدين وهو نصيبه من غير من عليه الدين وهم الورثة فبطل فيه ثم تعدى إلى الكل لأن الصفقة واحدة سواء بيَّن حصة الدين أو لم يبين عند أبي حنيفة رحمه اللّه. وينبغي أن يجوز عندهما في غير الدين إذا بيَّن حصته وأصل الخلاف فيما إذا جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن بطل في الكل عنده وعندهما صح في العبد والذكية. وفي النهاية يرد على هذه المسألة يعني مسألة الصلح على قول أبي يوسف ومحمد فيما إذا أسلم حنطة في شعير وزيت. فإنهما قالا: يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير، وهاهنا قالا: فسد في الكل قال: هذا مما يحفظ. **ثم قال كذا في مبسوط شيخ الإسلام**. ويمكن أن يقال مرادهما في مسألة الصلح فيما إذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما وفي مسألة السلم إذا بين توفيقاً بينهما وتصحيحاً لقاعدتهما.

قال رحمه اللّه: (**وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه**) أي من الدين (صح) **لأنه إسقاط** أو تمليك للدين ممن عليه الدين وكل ذلك جائز/ . وقال صاحب الهداية: [٦٣/أ/٣] **وهذه حيلة الجواز** وأخرى أي حيلة أخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين **ثم قال: وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة**. والأوجه أن يفرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما

قوله: (ثم قال كذا في مبسوط شيخ الإسلام) أي شيخ الإسلام خواهر زاده اهـ قال الإتقاني: والجواب عن النقض الذي قال خواهر زاده ما ذكرناه قبل هذا من اختلاف المشايخ حيث قال بعضهم: هذا قول أبي حنيفة خاصة وعلى قولهما يبقى العقد صحيحاً فيما وراء الدين وقال بعضهم: هذا قول الكل لكن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن اهـ وقال الكاكي: وفي الكافي قيل هذا عند أبي حنيفة أما عندهما يبقى العقد صحيحاً فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد اهـ **قوله في المتن: (وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه)** يعني إذا شرط الورثة أن يبرئ المصالح من نصيبه من الدين الغرماء وهم المديونون ولا يكون الرجوع لسائر الورثة بعد ذلك على الغرماء بنصيب المصالح صح الصلح اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه إسقاط)** أي للدين من ذمة المديون اهـ **قوله: (وهذه حيلة الجواز)** أي في الصلح إذا كان في التركة دين اهـ **قوله: (ثم قال وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة)** أي لأن في الوجه الأول لا يمكنهم الرجوع على

وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء، وهذا في الوجهين ظاهر لأنهم إذا أعطوا المصالح شيئاً بمقابلة الدين أو قدر الدين ولم يحصل لهم الدين فقد حصل لهم ضرر دنيوي وليس في الصورة الثالثة مثل ذلك من الضرر لأنهم وإن خرج منهم قدر الدين لكن حصل لهم الدين بمقابلته فانتفى عنهم الضرر إلا ضرر النقد فإن العين خير من الدين، والأوجه منه أن يبيعوه كفاً من تمر أو نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء أو يحيلهم ابتداء من غير بيع شيء ليقبضوه له ثم يأخذوه لأنفسهم، ولو كانت أعيان التركة غير معلومة وليس فيها مكيل ولا موزون فصولح على مكيل أو موزون. قال ظهير الدين المرغيناني: لا يجوز هذا الصلح لما فيه من احتمال الربا بأن يكون في التركة مكيل أو موزون من جنسه فيكون في حقه بيع المقدر بجنسه جزافاً، وقال الفقيه أبو جعفر: يجوز لأنه يحتمل أن لا يكون في التركة من جنسه ويحتمل أن يكون فيها وإذا كان فيها يحتمل أن يكون الذي وقع عليه الصلح أكثر وإن احتماله أن يكون مثله أو دونه هو احتمال الاحتمال فنزل إلى شبهة الشبهة، فالشبهة هي المعتبرة دونها **هذا هو الصحيح**. وهذا يدل على أن الصلح مع جهالة التركة يجوز، وقيل: لا يجوز لأنه بيع وبيع المجهول لا يجوز. والأول أصح لأن الجهالة هنا لا تفضي إلى المنازعة لأنها في يد بقية الورثة فلا يحتاج فيها إلى التسليم حتى لو كانت في يد المصالح أو بعضها لا يجوز حتى يصير جميع ما في يده معلوماً للحاجة إلى التسليم.

قال رحمه الله: (ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة) لأن الورثة لا يملكون التركة في هذه الحالة لأن الدين المستغرق يمنع من دخول التركة في ملك الوارث لأن حاجته مقدمة على الإرث، ولو ضمن رجل بشرط أن لا يرجع في التركة جاز الصلح لأن هذا كفالة بشرط براءة الأصيل وهو الميت **فتصير حوالة** فيخلو مال الميت عن الدين فيجوز تصرفهم فيه، وإن لم يكن مستغرقاً بالدين لا ينبغي لهم أن يقسموه أو يصالحوا عنه وإن فعلوا ذلك جاز استحساناً. والقياس أن لا يجوز لأن كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الأولوية بالتصرف إلى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله في ملك الورثة، وجه الاستحسان أن الإنسان لا يخلو عن دين قليل/ [٦٣ ب/٣] فلو منع غير المستغرق منه تملك الوارث أدّى إلى الحرج أو إلى

الغرماء بقدر نصيب المصالح وفي الوجه الثاني ضرر النقد لأن النقد خير من الدين اهـ إتقاني. **قوله: (هذا هو الصحيح)** في فتاوى قاضيخان والصحيح ما قاله أبو جعفر اهـ **قوله: (فتصير حوالة)** لأن الكفالة إذا كانت بشرط براءة الميت كانت حوالة فينتقل الدين إلى ذمة

أن لا يملكوا أصلاً فقلنا: بأنهم يملكونه دفعاً للضرر عنهم إلا أنهم يرفعون من التركة قدر الدين ويترك حتى يقضي به الدين كي لا يحتاجوا إلى نقض القسمة والله أعلم.

المحال عليه وهو الكفيل فتخلو التركة عن الدين فتنفذ القسمة بخلاف ما إذا لم تكن بشرط براءة الميت اهـ إتقاني.

كتاب المضاربة

قال رحمه الله: (هي شركة بمال من جانب وعمل من جانب) يعني المضاربة عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر هذا في الشرع **والمراد بالشركة الشركة في الربح** حتى لو شرطا فيها الربح لأحدهما **لا تكون مضاربة** على ما نبين وقيل: هي عبارة عن دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لأنه نماء ملكه وللمضارب باعتبار أنه تسبب لوجود الربح وهي في اللغة مفاعلة من الضرب في الأرض **وهو السير فيها**، قال الله تعالى: ﴿**وآخرون يضربون في الأرض**﴾ [المزمل: ٢٠]، يعني الذين يسافرون للتجارة وسُمي هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الأرض غالباً لطلب الربح، ولهذا قال الله تعالى: ﴿يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾ [المزمل: ٢٠]، وهو الربح وأهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وهو مشتق من القرض لأن صاحب المال يقطع قدراً من ماله ويسلمه للعامل. وأصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة لما تلونا من نظم الآية وهي مشروعة لشدّة الحاجة إليها من الجانبين. فإن من الناس من هو صاحب مال ولايهتدي إلى التصرف، ومنهم من هو بالعكس فشرعت لتنتظم

كتاب المضاربة

والأصل في جواز المضاربة الكتاب والسنة والآثار التي ذكرها محمد في الأصل وإجماع الأمة قاله الإتقاني ثم قال: قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: والقياس أن يكون عقد المضاربة فاسداً لأنه في الحقيقة استئجار العامل بأجر مجهول أو معدوم على عمل مجهول ولهذا لو فسد كان إجارة بالإجماع، وجهالة العمل والأجر توجب فساد الإجارة إلا أنا استحسنا وجوّزناها لما ذكرنا من الدلائل اهـ **قوله: (وعمل)** هكذا ضبطه الشارح بالرفع اهـ **قوله: (والمراد بالشركة الشركة في الربح)** أي لأن المضارب لا شركة له في رأس المال اهـ **قوله: (لا تكون مضاربة)** أي بل بضاعة إن شرط جميعه لرب المال أو قرضاً إن شرط للمضارب اهـ وكتب ما نصه قال الإتقاني: هي دفع المال إلى الغير ليتجر به على أن يكون الربح الحاصل فيه بينهما على ما شرطا اهـ **قوله: (وهو السير فيها)** أي لأن غرض العاقدين حصول الربح ولن يحصل ذلك عادة إلا بالضرب في الأرض اهـ إتقاني. **قوله: (وآخرون يضربون في الأرض)** وقال تعالى: ﴿وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾ [النساء: ١٠١]، وأطلق اسم

مصالحهم فإنه عليه الصلاة والسلام «بعث والناس يتعاملونها فتركهم عليها»[١] وتعاملها الصحابة رضي الله عنهم. ألا ترى إلى ما يروى **أن عباس** بن عبد المطلب «كان إذا دفع مالاً مضاربة شرط عليه أن لا يسلك به بحراً وأن لاينزل وادياً ولا يشتري ذات كبد رطب فإن فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فاستحسنه»[٢] فصارت مشروعة بالسنة والإجماع. وشرطها أن يكون رأس المال من الأثمان **وهو معلوم** والربح بينهما شائعاً ونصيب كل منهما معلوماً وأن يكون معيناً مسلماً إليه فإن فقد شيء من هذه الأشياء فسدت. وركنها أن يقول: دفعت هذا المال إليك مضاربة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله تعالى بيننا نصفان أو نحو ذلك من الألفاظ التي ثبتت بها المضاربة. **وحكمها أنواع: إيداع** ووكالة وشركة وإجارة وغصب، وأنواعها عامة وخاصة على ما يجيء كل واحد منه مفصلاً.

قال رحمه الله: (والمضارب أمين وبالتصرف وكيل وبالربح شريك وبالفساد أجير وبالخلاف غاصب وباشتراط كل الربح له مستقرض وباشتراطه لرب المال مستبضع) يعني بدفع/ المال إليه على وجه المضاربة يكون أميناً لأنه قبضه بإذن مالكه **لا على وجه البدل والوثيقة**. وإذا أراد أن يجعله عليه مضموناً أقرضه رأس المال كله ويشهد عليه ويسلمه إليه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يدفعه إلى المستقرض يستعين به في العمل فإذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط وأخذ رأس المال على أنه بدل القرض وإن لم يربح أخذ رأس المال بالقرض وإن هلك هلك على المستقرض وهو العامل **أو أقرضه** كله إلا درهماً منه وسلمه إليه وعقدا شركة العنان **ثم يدفع إليه الدرهم** ويعمل فيه المستقرض فإن ربح كان بينهما على ما شرطا **وإن هلك** [٦٤/ ٣/١]

المضارب على العامل لأنه ضارب في الأرض لا على رب المال لأنه طالب للضرب اهـ إتقاني. **قوله**: (**أن عباساً**) الذي بخط الشارح إن عباس اهـ **قوله**: (**وهو معلوم**) إما تسمية أو إشارة اهـ غاية. **قوله**: (**وحكمها أنواع إيداع**) ليس هذا حكمها وإنما هي حالات للمضارب وأوصاف له اهـ من خط قارئ الهداية. **قوله**: (**لا على وجه البدل**) احتراز عن المقبوض على سوم الشراء فإنه مقبوض بالقيمة اهـ غاية. **قوله**: (**والوثيقة**) احتراز عن الرهن فإنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين اهـ غاية **قوله**: (**أو أقرضه إلخ**) هذه الحيلة الثانية عزاها الإتقاني لشرح الطحاوي ولم يذكر غيرها اهـ **قوله**: (**ثم يدفع إليه الدرهم**) أي على أن يكون رأس مال المقرض ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعملا فيه جميعاً ويشترط الربح

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١١٤).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ١١١).

هلك عليه وإنما صار وكيلاً بالتصرف لأنه متصرف في ملكه بأمره وهذا معنى الوكالة وإنما صار شريكاً له إذا ربح لأنه هو المقصود من عقد المضاربة فصار ثبوت الشركة من ضرورة صحتها وصحة الاشتراط وإنما صار أجيراً إذا فسدت لأن الواجب له فيها أجر المثل كالإجارة إذا فسدت وهو بدل عمله لأنه لا يستحق المسمى لعدم الصحة. وكذا عمله غير داخل تحت المضاربة ولم يرض بالعمل مجاناً فيجب له أجر المثل بخلاف الشريك حيث لا يستحق أجرة إذا فسدت لأن استحقاقه الربح بالمال لا بالعمل. ثم لا يزاد على المسمى عند أبي يوسف خلافاً لمحمد رحمهما اللّه على النحو الذي ذكرنا في الشركة. وإنما صار غاصباً بالخلاف لوجود التعدّي على مال الغير كالغصب، وهذا لأن صاحبه لم يرض أن يكون في يده إلا على الوجه الذي أمره به فإذا خالف فقد تعدى فصار غاصباً **فيضمن** وإنما صار المضارب مستقرضاً باشتراط كل الربح له لأنه لا يستحق الربح كله إلا إذا صار رأس المال ملكاً له لأن الربح فرع المال كالثمرة للشجر وكالولد للحيوان فإذا شرط أن يكون جميع الربح له فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى فقضيته أن لا يردّ رأس المال لأن التمليك لا يقتضي الردّ كالهبة وغيره لكن لفظة المضاربة تقتضي ردّ رأس المال فجعلناه قرضاً لاشتماله على المعنيين عملاً بهما، ولأن القرض أدنى التبرعين لأنه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة تقطع عنهما فكان أولى لكونه أقل ضرراً وإنما صار مستبضعاً باشتراط جميع الربح لرب المال لأن المضارب لم يطلب لعمله بدلاً وعمله لا يتقوّم إلا بالتسمية فكان وكيلاً متبرعاً فهذا هو معنى البضاعة فكأنه نص عليها.

قال رحمه اللّه: (وإنما تصح بما تصح به الشركة) ومعناه لا تصح إلا بما تصح به الشركة وهي الدراهم والدنانير لا غير عندهما والفلوس النافقة عند محمد مثلهما وقد بيناه في الشركة. وقال ابن أبي ليلى / : تصح المضاربة في المكيل والموزون لأنهما [٦٤ ب/٣] من ذوات الأمثال فيمكن تقدير رأس المال بمثل المقبوض. **وقال مالك**: **تجوز بالعروض** لأنها متقوّمة يستربح عليها بالتجارة عادة فكانت كالنقدين فيما هو المقصود

بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال اهـ إتقاني. **قوله**: (**وإن هلك هلك عليه**) أي على المستقرض اهـ **قوله**: (**فيضمن**) أي ويكون الربح بعدما صار مضموناً عليه للمضارب ولكن لا يطيب له عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب له كالغاصب والمودع إذا تصرفا وربحا لا يطيب لهما الربح على الاختلاف كذا في شرح الطحاوي اهـ غاية. **قوله**: (**وقال مالك تجوز بالعروض**) وما كتب في بعض كتب أصحابنا أن عند مالك تصح المضاربة بالعروض لم أجده في كتبهم بل ذكر فيها لا تصح بالعروض اهـ

بالمضاربة وأمكن تقدير رأس المال بالقيمة إذ هي متقوّمة ولهذا تبقى المضاربة عليها فكذا يجوز الابتداء بها. ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن ربح ما لم يضمن»(١) **والمضاربة بغير النقود تؤدّى إليه** لأنها أمانة في يد المضارب وربما زادت قيمتها بعد العقد فإذا باعها شركة في الربح فحصل ربح ما لم يضمن إذا المضارب يستحق نصيبه من غير أن يدخل شيء في ضمانه بخلاف النقود فإنه عند الشراء بها يجب الثمن في ذمّته لأنها لا تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن والمكيل والموزون عروض، ألا ترى أنها تتعين بالتعيين فأول تصرف يكون فيها بيع وقديحصل بهذا البيع ربح بأن يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر ربحه بدون الشراء فيكون هذا استئجاراً على البيع بأجرة مجهولة فيكون باطلاً كما في العروض. **ولو دفع إليه عرضاً** وقال بعه واعمل بثمنه مضاربة جاز. وقال الشافعي رحمه اللّه: لا يجوز لأن فيه إضافة عقد المضاربة إلى ما بعد البيع وقبض الثمن. ولنا أنه وكيله ببيع العرض أولاً وهو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كما إذا قال له: بع هذا العبد واشتر بثمنه هذا العبد، وهذا لأن المضاربة ليس فيها إلا توكيل وإجارة **وكل ذلك قابل للإضافة** على الانفراد فكذا عند الاجتماع وهذا لما عرف أن الإضافة إلى الزمان المستقبل غير التعليق بالشرط، ألا ترى أن الإضافة سبب للحال دون التعليق. ولو دفع إليه العرض على أن قيمته ألف درهم مثلاً ويكون ذلك رأس المال فهو باطل لأن القيمة تختلف

معراج. **قوله: (والمضاربة بغير النقود تؤدّي إليه)** بيانه أن المضارب لو باع العروض فهلكت العروض في يده لم يضمنها لأن العروض أمانة عنده إن سلمها تم البيع وإن هلكت في يده بطل البيع فإذا لم يكن العرض مضموناً عليه فالربح الحاصل منه يكون ربح ما لم يضمن وهو حرام للنهي وقد قال محمد في الأصل: بلغنا عن إبراهيم النخعي والحسن البصري أنهما قالا: لا تكون المضاربة بالعروض إنما تكون بالدراهم والدنانير اهـ إتقاني. **قوله: (ولو دفع إليه عرضاً إلخ)** يعني بهذا وجه الحيلة في جواز المضاربة بالعروض ووجهها هذا وحيلة أخرى ذكرها الخصاف في كتاب الحيل وقال: قلت أرأيت رجلاً أراد أن يدفع إلى رجل مضاربة وليس عنده إلا متاع كيف يصنع قال يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه إلى المضارب مضاربة ثم يشتري المضارب هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه اهـ إتقاني. **قوله: (وكل ذلك قابل للإضافة)** قال الإتقاني: قال في وكالة الطحاوي: إذا وكله ببيع عبده غداً كان وكيلاً في الغد. وفيما بعده ولا يكون وكيلاً فيما قبل ذلك وكذلك الإجارة تقبل الإضافة، ولهذا إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار

---

(١) تقدم تخريجه.

باختلاف المقوّمين فلا يمكن ضبطها فلا يصلح رأس المال. ولو قال له: اقبض ديني من فلان واعمل به مضاربة [جاز][1] لأن هذا توكيل بالقبض وإضافة للمضاربة إلى ما بعد قبض الدين وذلك جائز على ما بينا بخلاف ما إذا قال: اعمل بالدين الذي لي عليك حيث لا تجوز المضاربة لأن المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء بدين في ذمّة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع أو المبيع عند أبي حنيفة رحمه الله فبطل التوكيل بالكلية حتى لو اشترى كان للمأمور وكذا لا يصح/ التوكيل بقبض ما في ذمّة نفسه فلا تتصوّر المضاربة فيه وعندهما يصح التوكيل بالشراء بما في ذمّة الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا حتى يكون مشترياً للآمر لكن المشتري عروض فلا تصح المضاربة بها على ما بينا. [٦٥ /٢/١]

قال رحمه الله: (**ويكون الربح بينهما مشاعاً**) أي لا تصح المضاربة إلا إذا كان الربح بينهما مشاعاً لأن الشركة تتحقق به حتى لو شرطا لأحدهما دراهم مسماة تبطل المضاربة لأنه يؤدّي إلى قطع الشركة على تقدير أن لا يزيد الربح على المسمى.

يجوز اهـ **قوله: (والتوكيل بالشراء إلخ)** قال الإتقاني: وتمام البيان فيه ما ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد قبيل باب اشتراط الربح لغيرهما: ولو كان لرجل على رجل دين فأمر أن يعمل به مضاربة ويشتري به ما بدا له من المتاع ويبيعه فما كان من فضل فهو بينهما نصفان فهذا فاسد لأن الدين الذي عليه لا يصلح رأس مال المضاربة لكونه مضموناً عليه. ومن شرط المضاربة كون رأس المال أمانة عنده وما اشترى فهو مشترٍ لنفسه وربحه له ولا شيء لرب المال فيه في قول أبي حنيفة ودينه عليه على حاله. وقال أبو يوسف ومحمد: ما اشترى وباع من ذلك فهو لرب المال وبرئ المضارب من دينه وللمضارب على رب المال مثل أجر عمله لأن المضاربة إن فسدت بقي أمراً بالشراء له بما عليه وذلك باطل عند أبي حنيفة فيصير مشترياً لنفسه وعندهما الأمر به صحيح فيصير مشترياً للآمر وقد أطمعه في مقابلة عمله شيئاً ولم يصح فيلزم رب المال أجر مثل عمله ولو كان الذي أمر بالشراء منه معلوماً يصح الشراء للآمر بالإجماع اهـ وكتب ما نصه قد تقدم متناً وشرحاً في باب الوكالة الكلام في التوكيل بالشراء بما عليه من الدين اهـ **قوله في المتن: (ويكون الربح بينهما مشاعاً)** قال الإتقاني: وذلك لأن المقصود من عقد المضاربة هو الشركة في الربح فإذا اشترط لأحدهما دراهم مسماة كالمائة ونحوها تفسد المضاربة لأن شرط ذلك يفضي إلى قطع الشركة لأنه ربما لا يكون الربح إلا ذلك القدر فلا يبقى للآخر شيء من الربح. قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية: شرطه أن يكون قدراً معلوماً مشاعاً من كل الربح مثل الثلث والربع فإذا شرط لأحدهما مائة من الربح مثلاً أو مائة

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

قال رحمه اللّه: (**فإن شرط لأحدهما زيادة عشرة** فله أجر مثله **لا يجاوز عن المشروط**) وقد ذكرناه **وذكرنا الخلاف فيه وهذا** هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة فيه والربح كله لرب المال لأنه نماء ملكه ويجب الأجر للمضارب **وإن لم يربح في رواية الأصل** لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع والعمل **كما في أجير الوحد** وقد وجد **وعن أبي يوسف** رحمه اللّه **أنه لا يجب** كما لا يجب في الصحيحة منها مع

مع الثلث أو الثلث إلا مائة والباقي للآخر لم تجز المضاربة لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح إلا ذلك القدر. ثم الشرط الفاسد على وجهين إن أدى إلى جهالة الربح فسدت المضاربة لأنه المقصود وإن لم يؤدّ صحت وبطل الشرط مثل أن يشرطا الوضيعة على المضاربة وهذا أن ما تقف صحته على القبض لا يبطل بالشرط الفاسد ما أمكن كالهبة والرهن ولأنها وكالة معنى والوكالة لا يبطلها الشرط الفاسد اهـ وكتب على قوله ويكون الربح ما نصه قال الشيخ سراج الدين قارئ الهداية رحمه اللّه ومن خطه نقلت: ينبغي أن يقرأ بالباء المنقوطة من تحت عطفاً على ما في قوله بما تصح اهـ قلت: وقد وجدته في نسخ كذلك وفي بعضها ويكون بالياء التحتية مضارع كان وعلى الأول يكون مصدراً مجروراً بالباء اهـ **قوله في المتن**: (**فإن شرط لأحدهما إلخ**) صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي اللّه عنه: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة على أن الربح بينهما نصفان وعلى أن للذي أخذ المال مضاربة زيادة من الربح عشرة دراهم. قال: لا خير في هذا وله أجر مثله فيما عمل إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وذلك لأن المضاربة عقد على الشركة فما أدّى إلى قطع الشركة كان فاسداً لفوات المقصود من عقد المضاربة. وهذا الشرط يؤدّي إلى قطع الشركة فيكون العقد فاسداً لأنه ربما لا يربح إلا هذا القدر فلا يحصل للآخر شيء وإذا فسدت المضاربة كان للعامل أجر مثل عمله لأنه ابتغى لعمله عوضاً فإذا لم يسلم له ذلك لفساد العقد كان له أجر المثل كما في الإجارة الفاسدة اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**زيادة عشرة**) أي عن نصيب صاحبه من الربح اهـ **قوله**: (**لا يجاوز عن المشروط**) أي عند أبي يوسف وعند محمد يجب الأجر بالغاً ما بلغ كما في الشركة على الاحتطاب والاحتشاش اهـ **قوله**: (**وذكرنا الخلاف فيه**) أي في كتاب الشركة اهـ **قوله**: (**وهذا**) أي وجوب أجر المثل للعامل اهـ **قوله**: (**وإن لم يربح**) يعني يجب أجر المثل في المضاربة الفاسدة سواء ربح أو لم يربح في رواية الأصل اهـ إتقاني. **قوله**: (**في رواية الأصل**) ووجه ذلك أن المضارب يكون في معنى الأجير إذا فسدت المضاربة ثم الأجير يستحق الأجرة إما بتسليم المنافع كما في أجير الوحد، فإنه يسلم نفسه وفي تسليم نفسه تسليم المنافع وإما بتسليم العمل كما في الأجير المشترك وقد وجد تسليم المنافع والعمل جميعاً فيستحق الأجر ولكن لا يستحق الأجر المسمى لفساد العقد فيستحق أجر المثل اهـ غاية. **قوله**: (**كما في أجير الوحد**) فيه نظر كذا بخط قارئ

أنها فوقها في إمضاء حكمها واستحقاق المسمى فيها **والمال في المضاربة الفاسدة أمانة غير مضمونة** بالهلاك كما في الصحيحة منها لأن الفاسد من العقود يأخذ الحكم من الصحيح منها ولأنه عين في يد أجيره ولو تلف بعد العمل فله أجر المثل وقيل: هذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وعندهما يضمن ما تلف في يده مما يمكن التحرّز عنه وهو بناء على اختلافهم في الأجير المشترك إذا تلف المال في يده من غير صنعه لأن هذا العقد إجارة وهو بمنزلة الأجير المشترك لأن له أن يأخذ بهذا الطريق ما شاء من المال **والفرق لهما على الظاهر أن هذه** مضاربة لفظاً وإجارة معنى من حيث أنه طلب لعمله أجرة فعملنا باللفظ في انتفاء الضمان وبالمعنى في حق وجوب أجر مثله **ربح أو لم يربح** أو نقول: أنه كأجير الوحد من حيث أنه لا يتمكن من إيجار نفسه في ذلك الوقت.

الهداية اهـ **قوله: (وعن أبي يوسف أنه لا يجب)** أي إذا لم يربح اهـ وكتب على قوله: لا يجب ما نصه في الفاسدة اهـ **قوله: (والمال في المضاربة الفاسدة أمانة إلخ)** قال الشيخ أبو جعفر الطحاوي في مختصره: والمضارب في المضاربة الفاسدة كالأجير فيها فإن ضاع منه المال وهو على ذلك فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وبه نأخذ وعليه الضمان في قول أبي يوسف ومحمد إلى هنا لفظ الطحاوي وقد ذكر الاختلاف كما ترى ولم يذكر الاختلاف في ظاهر الرواية وجعله أمانة كما في المضاربة الصحيحة وجملة البيان هنا ما ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي فقال: ولو قال ما رزق اللّه تعالى من شيء فللمضارب مائة درهم فهذه مضاربة فاسدة لأنه يوهم قطع الشركة لأنه عسى لا يربح إلا مائة ومتى فسدت المضاربة انقلبت إجارة فاسدة حتى لو عمل على ذلك فربح مالاً أو لم يربح فله أجر مثل عمله وليس له من الربح شيء وهل يجاوز نصف الربح ينبغي أن يكون على الخلاف الذي ذكرناه في شركة الاحتطاب والاحتشاش أن المجموع يكون للجامع وللاجير أجر مثله لا يجاوز نصف المجموع عند أبي يوسف وعند محمد يجب بالغاً ما بلغ لأنه لا يمكن تقديره بنصف الربح وليس له من الربح شيء لأنه أجير ولو وضع المال أو تلف المال فلا ضمان عليه لأنه أمين. وقيل هذا على قول أبي حنيفة وعندهما يكون مضموناً لأنه بمنزلة الأجير المشترك والأصح أنه لا ضمان عليه على قول الكل لأنه أخذ بحكم المال والمال في يد المضارب صحت المضاربة أو فسدت يكون أمانة وهذا لأنه لما قصد أن يكون المال مضاربة عنده فقد قصد أن يكون أميناً وله ولاية جعله أميناً وكذا كل مضاربة فاسدة عمل بها المضارب فربح أو وضع فله أجر مثله ولا ربح له والربح لرب المال إلى هنا لفظ شرح الكافي انتهى اتقاني. **قوله: (مضمونة)** عبارة الهداية غير مضمون اهـ **قوله: (والفرق لهما على الظاهر)** أي بين الأجير المشترك وبين المضارب اهـ **قوله: (إن هذه)**

قال رحمه الله: (**وكل شرط يوجب جهالة الربح يفسدها وإلا لا ويبطل الشرط كشرط الوضيعة على المضارب**) أي إن لم يكن مؤدّياً إلى جهالة الربح لا يفسدها بل يبطل الشرط والذي يؤدّي إلى جهالة الربح من الشروط أن يشترط رب المال على المضارب أن يدفع إليه أرضه ليزرعها سنة أو داره ليسكنها سنة وذلك مفسد لأنه جعل بعض الربح عوضاً عن عمله والبعض أجرة داره أو أرضه ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته ويسقط ما أصاب منفعة الدار، ولو شرط ذلك على رب المال للمضارب **صح العقد وبطل الشرط** لأنه لا يفضي إلى جهالة حصة العمل إذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه لأن الكلام فيما إذا شرط له جزءاً معلوماً من الربح شائعاً ثم هو شرط لا يقتضيه العقد فيبطل هو دونها **لأن المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة** كالوكالة والهبة لأن صحتها تتوقف على القبض كالهبة، وشرط الوضيعة شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسداً، وتكون الوضيعة وهو الخسران على رب المال لأن ما فات جزء من المال بالهلاك يلزم صاحب المال دون غيره والمضارب أمين فيه فلا يلزمه بالشرط فصار الأصل فيه أن كل شرط يوجب جهالة في الربح أو قطع الشركة فيه مفسد وما لا فلا.

قال رحمه الله: (**وبدفع المال إلى المضارب**) يعني رب المال يسلم المال إليه ولا بد له من ذلك لأن المضاربة فيها معنى الإجارة لأن ما يأخذه مقابل / بعمله والمال [٦٥ ب/٣]

أي المضاربة الفاسدة اهـ **قوله**: (**ربح أو لم يربح**) أي كما لو استأجره فأما الإجارة الفاسدة إجارة لفظاً ومعنى فيكون المال مضموناً عند الأجير المشترك عندهما إلا أن يكون الهلاك بأمر لا يمكن التحرز عنه اهـ كاكي. **قوله**: (**صح العقد وبطل الشرط**) قال محمد: فيمن دفع ألفاً مضاربة على أن الربح بينهما نصفان وعلى أن يدفع إليه رب المال أرضه يزرعها سنة أو على أن يسكنه داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة لأنه ألحق بها شرطاً لا تقتضيه، ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره إلى رب المال يسكنها سنة فسدت المضاربة وذلك لأنه جعل نصف نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجرة الدار والأرض فصار حصة العمل مجهولاً بالعقد فلم يصح العقد كذا في شرح مختصر الكرخي اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة**) أي كما لو شرط لزوم المضاربة بخلاف شرط يوجب جهالة الربح لأن ذلك يمنع موجب العقد فلا ينعقد العقد إذ العقد شرع لإثبات موجبه ولهذا لو شرط عمل رب المال يفسد العقد وإن لم يوجب جهالة في الربح لأنه شرط يمنع موجب العقد إذ موجبه تسليم المال إلى المضارب وذا يمنعه ذكره في الذخيرة اهـ **قوله في المتن**: (**وبدفع المال**) قال قارئ الهداية رحمه الله: ينبغي أن يقرأ وبدفع بالباء المنقوطة من تحت مجروراً عطفاً على قوله بما

محل العمل فيجب تسليمه كالإجارة الحقيقية، ولأن المال أمانة في يده فلا يتم إلا بالتسليم كالوديعة وهذا بخلاف الشركة حيث لا يشترط فيها تسليم المال إلى الآخر لأن الشركة انعقدت على العمل منهما فشرط انتفاء يد ربّ المال فيها يخرج العقد من أن يكون شركة ولا كذلك المضاربة لأن المال فيها من أحد الجانبين والعمل من الآخر فلا بدّ من تسليم المال إلى العامل وتخليصه له ليتمكن من العمل والتصرف فيه وشرط العمل على رب المال ينافي ذلك فلا يجوز **سواء كان المالك** عاقداً أو غير عاقد كالصغير والمعتوه لأن يدهما على مالهما بجهة الملك كالكبير فبقاء يدهما يمنع كونه مسلماً إلى المضارب. **وكذا أحد الشريكين إذا دفع المال**

تصح به الشركة كما تقدّم اهـ ومن خطه نقلت اهـ **قوله: (ليتمكن من العمل إلخ)** اعلم أن التسليم إلى المضارب شرط صحة المضاربة وشرط عمل رب المال في عقد المضاربة يفسدها لأن المال أمانة فلا يتم إلا بعد تسليم رأس المال إلى المضارب كالوديعة وإذا شرط عمل رب المال معه لا يتحقق التسليم لأن يده تبقى على المحل فيمنع من تمام التسليم اهـ غاية. وكتب ما نصه: قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وإذا دفع الرجل إلى الرجل مالاً مضاربة بالنصف فردّه المضارب على رب المال وأمره أن يبيع ويشتري على المضاربة ففعل وربح فهو جائز على المضاربة والربح على ما اشترطا لأنه لم يوجد صريح النقض ولا دلالته لأنه صار مستعيناً به على العمل ومتى وقع العمل من رب المال إعانة لا يجعل هذا استرداداً فلا تنتقض به اليد الثابتة للمضارب بخلاف ما إذا شرط عمل رب المال في حال العقد لأن يده مانعة من تمام التسليم والتسليم شرط صحة المضاربة فرق بين هذا وبين الأجير المشترك إذا استعان بالمستأجر ففعل حيث لا يستحق الأجرة لأن المعقود عليه في باب الإجارة هو العمل فإذا لم يعمل لم يستحق الأجرة أما هاهنا فالعمل غير معقود عليه لأن المضارب عامل لنفسه في تحصيل الربح فافترقا وصار كأن المالك وهب للمضارب رأس المال ثم اشتركا، ولو فعل كذلك كان الربح بينهما كذا هاهنا كذا ذكر شيخ الإسلام علاء الدين. ولو دفع المضارب المال إلى رب المال مضاربة فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الأولى جائزة ويكون الربح بينهما على شرط المضاربة الأولى عندنا، وعند زفر تنفسخ المضاربة الأولى بدفع المال إلى رب المال والرد عليه كذا في شرح الطحاوي وهي تعرف في المختلف اهـ إتقاني. **قوله: (سواء كان المالك إلخ)** يعني أن اشتراط عمل رب المال في عقد المضاربة مفسد للعقد سواء كان رب المال عاقداً كالبالغ أو غير عاقد كالصغير مثل الأب أو الوصي إذا دفع مال اليتيم مضاربة. وشرط عمل الصغير يفسد عقد المضاربة لأن الصغير مالك للمال فبقاء يده فيه يمنع صحة المضاربة كالكبير وكذلك كل من يستحق الربح بمال إذا شرط عمله مع المضارب يفسد العقد كأحد المتفاوضين أو شريكي العنان إذا دفعا مالاً مضاربة، وشرط

مضاربة فشرط أن يعمل شريكه مع المضارب لأن للشريك فيه ملكاً فيمنع يده من تسليمه إلى المضارب، وإن لم يكن العاقد مالكاً وشرط أن يتصرف في المال مع المضارب فإن كان العاقد ليس بأهل للمضاربة في ذلك المال تفسد كالمأذون يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله مع المضارب لأن التصرف فيه إليه واليد ثابتة له في هذا المال ويده يد نفسه فصار كالمالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعاً لصحة المضاربة، وإن كان العاقد ممن يجوز أن يأخذ ماله مضاربة لم تفسد المضاربة كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا أن يعملا بأنفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز لأنهما لو أخذا ماله مضاربة ليعملا بأنفسهما بالنصف صح فكذا إذا شرطا عملهما مع المضارب بجزء من الربح لأن كل مال يجوز أن يكون المرء فيه مضارباً وحده جاز أن يكون فيه مضارباً مع غيره وهذا لأن تصرف الأب والوصي واقع للصغير حكماً بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فتشترط التخلية من قبل الصغير لأنه هو رب المال وقد تحققت وإن دفع العبد المأذون ماله مضاربة وشرط عمل مولاه مع المضارب ينظر فإن لم يكن عليه دين فسدت المضاربة لأن المولى مالك لما في يده فلم يكن من أهل المضاربة فيه وإن كان عليه دين فالمضاربة جائزة عند أبي حنيفة رضي اللّه تعالى عنه لأنه لا حق للمولى فيه فصار كلأجنبي والمكاتب إذا دفع ماله مضاربة وشرط عمل مولاه معه لا يفسد مطلقاً لأنه لا يملك ما في يده فصار كالأجنبي سواء كان عليه دين أو لم يكن.

قال رحمه اللّه: (ويبيع بنقد ونسيئة ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع)

عمل شريكه مع المضارب لأن الشريك يستحق الربح بماله كالدافع اهـ إتقاني. **قوله: (وكذا أحد الشريكين إلخ)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي: ولو شرط أن يعمل معه شريك رب المال إن كانت شركة مفاوضة لم يجز لأن يد الشريك كيده بمقتضى عقد الشركة فصار كأن يد رب المال باقية على المال فمنعت من تمام التسليم وكذلك شريك العنان في مال الشركة لأن يدهما واحدة ولو كان المدفوع إليه من غير مال الشركة لم يفسد بالشرط لأن شريك العنان في غير مال الشركة ينزل منزلة الأجانب اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ويبيع بنقد ونسيئة)** ولو قال رب المال: أمرْتُك أن تبيعه بالنقد فبعته بالنسيئة وقال المضارب: لا بل أمرتني ببيعه مطلقاً كان القول للمضارب ولو اختلف الموكل والوكيل في مثله كان القول للموكل والفرق بينهما مذكور في شرح التكملة[1] يعني البزازي في كتاب الوكالة اهـ وكتب على قوله ونسيئة ما نصه: لأنه لو كان وكيلاً

---

(١) هو تكملة القدوري شرحها حافظ الدين محمد بن محمد الكردي المعروف بابن البزازي المتوفى سنة (٨٢٧هـ). انظر كشف الظنون (٢/ ١٦٣٣).

يعني **للمضارب أن يفعل** هذه الأشياء كلها **إذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة** بأن دفع إليه مضاربة بالنصف مثلاً ولم يزد عليه لأن المطلق يتناول الأنواع كلها فله أن يفعل ما هو معتاد بين التجار لأنه قد يربح في جهة من التصرف دون جهة أو في نوع من الأنواع دون نوع فيطلق له الكل ليحصل له غرضه وهو تحصيل الربح والتوكيل والإبضاع والإيداع والمسافرة من صنيعهم وعن أبي يوسف أنه **ليس له أن يسافر به** لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وعن أبي حنيفة أنه إن دفع إليه المال في بلده ليس له أن يسافر به لما ذكرنا. **وإن دفع إليه في غربة كان له أن يسافر به إلى** بلده لأن

خاصاً ملك ذلك بإطلاق الوكالة فإذا كان عاماً أولى وهذا لأنه عسى لا يحصل له الربح إلا بالنسيئة اهـ إتقاني. وكتب أيضاً ما نصه: قال صاحب الهداية: إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه يعني إذا باع المضارب إلى أجل طويل ليس من عادة التجار أن تبيع إلى مثل ذلك لا يجوز كعشر سنين مثلاً والنسيئة بالهمز على وزن فعيلة وربما تدغم بعد التخفيف كالخطيئة والنساء بالمد التأخير اهـ إتقاني. ذكره في فصل ما يفعله المضارب اهـ وقد ذكر الشارح الزيلعي رحمه الله في هذا الفصل أن للمضارب تأخير الثمن إلى أجل متعارف فقوله متعارف احتراز عما إذا باع إلى أجل طويل اهـ **قوله: (للمضارب أن يفعل إلخ)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وله أن يوكل بالبيع والشراء لأنه من عادة التجار اهـ إتقاني. **قوله: (إذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة)** قال الإتقاني: أراد بالمضاربة المطلقة أن لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان لأنها إذا كانت مقيدة لا يجوز للمضارب أن يعمل في غير ذلك الزمان وغير ذلك المكان وسيجيء بعد هذا اهـ **قوله: (ليس له أن يسافر به)** أي بمال المضاربة اهـ **قوله: (وإن دفع إليه في غربة كان له أن يسافر به إلخ)** قال الإتقاني رحمه الله: وكذا له أن يبضع ويودع لأن ذلك من عادة التجار ولأن المضارب يملك أن يستأجر من يعمل في المال بعوض فإذا أبضع فقد حصل العمل بغير عوض فهو أولى، وإنما قلنا: يملك أن يستأجر لأنه لا يتوصل إلى الربح إلا بالعمل وربما لا يتمكن المضارب من جميع الأعمال بنفسه فلا بد له من الأجير ولأن ذلك عادة التجار ولأنه لا يقدر على حفظ المال إلا بذلك وهو مأذون في حفظ المال وله أن يستأجر السفن والدواب والرجال لحمله لأن الربح يحصل بنقل المال من موضع إلى موضع ولا يمكنه نقله بنفسه. قال الكرخي في مختصره: وله أن يرهنه بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وأن يرتهن بدين له منها على رجل لأن الرهن الإيفاء والارتهان الاستيفاء وهو يملك ذلك بعقد عام، والحاصل هنا ما قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير: إن التصرفات في المضاربة ثلاثة أقسام، قسم هو من باب المضاربة وتوابعها فيملكها بمطلق الإيجاب وهو الإيداع والإبضاع والإجارة والاستئجار والرهن والارتهان وما أشبه ذلك، وقسم آخر ليس من المضاربة المطلقة لكنه يحتمل أن يلحق بها عند وجود الدلالة وهو إثبات الشركة في المضاربة بأن يدفع إلى

الظاهر أن صاحبه رضي به إذ الإنسان لا يقيم بدار الغربة دائماً في الغالب، وإعطاؤه المال مضاربة في هذه الحالة مع عمله بحاله يدل على رضاه/ به، وجه الظاهر أن [٦٦ أ/٣] المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض على ما بينا من قبل فيملكه بمطلق العقد إذ اللفظ دال عليه ولا نسلم أنه تعريض على الهلاك لأن الظاهر فيه السلامة ولا معتبر بالموهوم، ألا ترى أن للمودع أن يسافر بالوديعة مع أنه ليس له أن يودع والمضارب له ذلك **فكان أدنى منها** وأولى بالجواز. **وقال ابن أبي ليلى: ليس له أن يبيع بالنسيئة** لأن ذلك تصرف يوجب قصر يده عن مال المضاربة ويعجزه عن التصرف فيه فيكون موجباً لضدّ مقصود رب المال فصار كالإقراض بل فوقه لأن القرض يمكن الوصول إليه في الحال بواسطة الطلب وهذا لا يمكن فيكون فيها نوع إهلاك أو تبرع، ولهذا لو باع المريض بالنسيئة يعتبر من الثلث ونحن نقول: البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو متعارف عندهم فيدخل عند الإطلاق لأن المتعارف كالمنصوص عليه وهو أقرب إلى

غيره مضاربة أو يخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره فإنه لا يملك هذا بمطلق المضاربة لأن رب المال لم يرض بشركة غيره وهو أمر زائد على ما تقوم به التجار فلا يتناوله مطلق عقد المضاربة لكن يحتمل أن يلحق به فإذا قيل له اعمل برأيك فله ذلك، وقسم آخر ليس هو من المضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها وهو الإقراض والاستدانة على المال لأن الإقراض ليس بتجارة والاستدانة على المال تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يحتمل التعدّي إلا أن ينص عليه فإذا نص عليه اعتبر بنفسه حتى يصير بمنزلة شركة الوجوه لا مضاربة لأنه ليس لأحدهما فيه رأس المال. وقال في شرح الأقطع: لا يجوز للمضارب أن يستدين على المضاربة وإن فعل ذلك لم يجز على رب المال ألا ترى أنه إذا اشترى برأس المال فهلك قبل التسليم يرجع المضارب عليه بمثله، وإذا كان كذلك فرب المال لم يرض أن يضمن إلا مقدار رأس المال فلو جوّزنا الاستدانة لزمه ضمان ما لم يرض به وذلك لا يصح وإذا لم يصح استدانته على رب المال لزمه الدين خاصة وأما إذا استدان بإذن رب المال فما يشتريه بينهما شركة وجوه، ألا ترى المشترى بالدين لا يجوز أن يكون مضاربة لأنها لا تصح إلا في مال عين، وإذا لم تكن مضاربة لم يبق إلا أن تكون شركة بينهما شركة وجوه وإطلاق الشركة يقتضي التساوي، فلذا كان بينهما نصفين وقد قالوا: ليس للمضارب أن يأخذ سفتجة لأن ذلك استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذلك أيضاً لا يعطي سفتجة لأن ذلك قرض وهو لا يملك القرض، وكذلك لو قال: اعمل برأيك لم يكن له شيء من ذلك لأنه ينصرف إلى ما يعود إلى التجارة ولا يتناول التبرع والاستدانة اهـ قوله: والحاصل إلخ، سيأتي في كلام الشارح في الفصل الآتي بأتم من هذا اهـ **قوله: (فكان أدنى منها)** أي فكان السفر أدنى من الإيداع اهـ **قوله: (وقال ابن أبي ليلى ليس له أن يبيع بالنسيئة)**

تحصيل الربح عادة فكان أوفق لمقصود رب المال وله أن يأذن لعبد من مال المضاربة في التجارة **لأنه بمنزلة الإبضاع، وعن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك** كالمضاربة قلنا: المضارب يصير شريكاً والعبد لا يكون شريكاً فافترقا.

قال رحمه الله: ﴿**ولا يزوّج عبداً ولا أمة**﴾ وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب لأنه يصل إلى المهر وإلى سقوط نفقتها بخلاف تزويج العبد فإن فيه إشغال رقبته بالدين واستحقاق بيعه به، ولهما أنه ليس من باب التجارة فلا يدخل تحت الإطلاق لأن لفظ المضاربة يدل على تحصيل المال بطريق التجارة لا بأي طريق كان، ألا ترى أنه ليس له أن يكاتب ولا يعتق على مال وإن كان بأضعاف قيمته بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يزوّج الأمة دون العبد، لأن الكتابة تقتضي الاكتساب دون التجارة، ولهذا كان له أن يكاتب فيملك تزويج الأمة أيضاً ونظيرها الأب والوصي حيث يملكان تزويج الأمة والكتابة دون تزويج العبد لأن تصرفهما مقيد بالنظر للصغير فمهما كان فيه نظر للصغير فعلاه وما لا فلا، ونظير المضارب الشريك شركة عنان أو مفاوضة حتى كان تزويجه الأمة على الخلاف.

قال رحمه الله: ﴿**ولا يضارب إلا بإذن أو باعمل برأيك**﴾ يعني لا يجوز له أن يعطي المال مضاربة إلا أن يأذن له رب المال **أو يقول له: اعمل برأيك** لأن الشيء لا يتضمن مثله إلا بالتنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه، ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره إلا بما قلنا، بخلاف المكاتب والعبد المأذون له والمستعير حيث تضمنت هذه العقود أمثالها لأنهم يتصرفون بحكم المالكية لا بحكم النيابة لأن

وهذا على أصله مستقيم لأن الوكيل المطلق لا يملك البيع بالنسيئة عنده اهـ إتقاني. **قوله**: ﴿**لأنه بمنزلة الإبضاع**﴾ قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية: في المشهور يملك أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة لأنه من عادة التجار اهـ إتقاني. **قوله**: ﴿**وعن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك**﴾ رواه ابن رستم عن محمد اهـ **قوله في المتن**: ﴿**ولا يزوّج عبداً ولا أمة**﴾ يعني لو اشترى المضارب عبداً أو أمة لم يكن له أن يزوج واحداً منهما اهـ **قوله في المتن**: ﴿**ولا يضارب إلا بإذن أو باعمل برأيك**﴾ أي وذلك لأن رب المال رضي بشركته ولم يرض باشتراك غيره في الربح فلا يجوز الاشتراك اهـ غاية. **قوله**: ﴿**أو يقول له اعمل برأيك**﴾ وإن لم يقل له ذلك فدفع المضارب المال إلى غيره مضاربة قال في شرح الطحاوي: إن كانت المضاربة الثانية فاسدة فلا يضمن المضارب الأول وإن عمل المضارب الأول في المال لأنه بمنزلة الأجير وللمضارب أن يستأجر ويجب للثاني أجر المثل في مال المضاربة فإن كانت المضاربة الثانية صحيحة لم يكن المال مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع حتى أن المال لو هلك في يد الثاني قبل أن يعمل هلك أمانة، لأن مال المضاربة وديعة عند

المكاتب صار حراً يداً فله أن يكاتب ولأن الكتابة كالبيع من نفس العبد فيملكه والمأذون بفك الحجر بقي متصرفاً لنفسه فله أن يأذن لعبده والمستعير يملك أيضاً تمليك المنفعة وبخلاف الإيداع والإبضاع **لأنهما دونها** فتتضمنهما وبخلاف الإقراض والاستدانة **حيث لا يملكهما إلا بالتصريح** لأن المراد من قوله: اعمل برأيك التعميم فيما هو من عادة التجار وليسا منه فصارا كالهبة والصدقة. **ونظير المضاربة الشركة والخلط** بمال نفسه لأنهما من صنيع التجار فيدخل تحت قوله: اعمل برأيك.

قال رحمه الله/ : (**ولم يتعدّ عما عيَّنه من بلد وسلعة** ووقت ومعامل كما في الشركة) أي إذا خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها أو في [٦٦ ب/٣]

المضارب الأول ولا يكون المضارب الأول مخالفاً بالإيداع إلا عند زفر فإنه يضمن بمجرد الدفع، وإذا عمل الثاني صار الأول مخالفاً ورب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني، وإن ضمن الثاني رجع بما ضمن على الأول وإن ضمن الأول لا يرجع على الثاني بما ضمن وصحت المضاربة إلى الثاني هذا في ظاهر الرواية. وروي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يضمن إذا عمل الثاني ما لم يربح لأنه بمنزلة التوكيل إلا أن يظهر الربح ولا يصير الأول مخالفاً بالتوكيل وإنما يصير مخالفاً بالاشراك وكذلك لو خلط مال نفسه بمال المضاربة ضمن مال المضاربة والربح له والوضيعة عليه، وكذلك لو شارك مع غيره شركة عنان وخلط ضمن وتصح الشركة بينهما هذا إذا لم يقل اعمل فيه برأيك فإن قال له: اعمل برأيك فله أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه، وإذا ربح قسم الربح بين المالين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط، وكذلك لو شارك مع غيره شركة عنان جاز ويقسم الربح بينهما على الشرط فإذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب من الربح يستوفي منها رب المال رأس ماله وما فضل فهو بينهما على الشرط كذا في شرح الطحاوي اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: ولأن المضاربة وإن كانت تتناول المضاربة من حيث أنها من صنع التجار لكن لا تتناولها من حيث أن فيها معنى الأمانة والوكالة، والأصل عدم التناول فلا يتناول المضاربة بالشك اهـ ذخيرة. **قوله:** (**لأنهما دونها**) أي دون المضاربة اهـ **قوله:** (**حيث لا يملكهما إلا بالتصريح**) أي لا بقوله اعمل برأيك اهـ **قوله:** (**ونظير المضاربة الشركة والخلط إلخ**) قال الإتقاني: وكذا ليس له أن يشارك مع غيره شركة عنان أو يخلط المال بمال نفسه أو بمال غيره لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره ولأن الشيء لا يتضمن ما هو فوقه والشركة أعم من المضاربة، وفي خلط المال يثبت في مال رب المال حقاً لغيره فلا يجوز إلا إذا قيل له اعمل برأيك اهـ **قوله في المتن:** (**ولم يتعدّ عما عينه من بلد وسلعة إلخ**) قال الإتقاني رحمه الله: والأصل فيه أن رب المال متى شرط على المضارب شرطاً في المضاربة إن كان شرطاً لرب المال فيه فائدة فإنه يصح الشرط ويجب على المضارب مراعاته والوفاء به، وإذا لم يوف به صار مخالفاً وعاملاً

معاملة رجل بعينه لا يجوز له أن يتعداه، فإن تعدَّى صار ضامناً لأن المضاربة توكيل، وفي التخصيص فائدة من أمن خطر الطريق وخيانة المضارب ومن نفقته من ماله، **وكذا الأسعار قد تختلف** فبالتقييد تحصل الفائدة فتعتبر ولو عين له بلداً وأخرجه إلى غير ذلك البلد أو دفعه بضاعة إلى من يخرجه من ذلك البلد ضمن لأنه بالمخالفة صار غاصباً، وإن اشترى شيئاً بعد ذلك **كان المشترى له** لأنه بالإخراج بطلت المضاربة وتقرر ذلك بالشراء والنقد من مال الغير فكان له فصار كمن اشترى شيئاً ونقد الثمن من المغصوب، ولو لم يشتر شيئاً حتى ردّ المال إلى البلد الذي عينه له برىء من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم رجع إلى الوفاق وعاد المال مضاربة مثل ما كان لأن يده باقية بالعقد السابق وكذا لو رد البعض يكون المردود مضاربة حتى إذا اشترى في ذلك البلد كان للمضاربة اعتباراً للجزء بالكل لأن التقييد به لما كان مفيداً تقيد به **وصار بنفس الإخراج متعدياً** ضامناً لكنه لا يتقرر إلا بالشراء من بلد آخر، فإذا رجع قبل تقرره زال الضمان على ما بينا فبقي المال على ما كان **وهذا بخلاف ما إذا قيده** في سوق معين من المصر حيث لا يتقيد به لأن المصر الواحد قلما تتفاوت

بغير أمره وإن كان شرطاً لا فائدة فيه لرب المال فإنه لا يصح ويجعل كالمسكوت عنه اهـ **قوله: (وكذا الأسعار قد تختلف)** أي قد تختلف باختلاف البلدان اهـ **قوله: (كان المشترى له)** يعني إذا اشترى خارج الكوفة وباع وربح أو وضع فالربح له والوضيعة عليه ولكن يتصدّق بالربح عند أبي حنيفة ومحمد وعلى قول أبي يوسف يطيب له الربح ولا يتصدّق، أصله المودع إذا تصرف في الوديعة وربح اهـ إتقاني. **قوله: (وصار بنفس الإخراج متعدياً)** قال الإتقاني: وتكلموا أنه هل يصير مخالفاً بنفس الإخراج والأصح أنه يصير ضامناً بنفس الإخراج لأنه مأمور بالحفظ في ضمن الأمر بالعمل والأمر بالعمل مقيد فصار الأمر بالحفظ مقيداً أيضاً اهـ وكتب ما نصه قال في الجامع الصغير: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي اللّه عنه: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف على أن يشتري ويبيع بالكوفة فخرج إلى البصرة فاشترى بها قال إذا اشترى فهو ضامن إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير، وقد شرط الشراء للضامن كما ترى، وقال في كتاب المضاربة: إذا أخرجه من الكوفة فقد خالف وقد جعله مخالفاً بنفس الإخراج، قيل هو الصحيح. وإنما شرط الشراء في الجامع الصغير ليقرر الضمان لا لأصل الوجود لأنه يسقط الضمان عنه بالعود قبل الشراء اهـ **قوله: (وهذا بخلاف ما إذا قيده إلخ)** قال في الهداية: وهذا بخلاف ما إذا قال: على أن تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد. قال الإتقاني: أي هذا الذي ذكرنا من التقييد بالبلد حيث لزمه الضمان إذا جاوزه خلاف ما إذا قال: على أن تعمل في سوق الكوفة لأنه لا يتقيد بها حتى إذا اشترى وباع بالكوفة في غير سوقها لم يضمن وهذا

جوانبه وأسواقه، لأنه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال: اعمل في هذا السوق ولا تعمل في غيره فحينئذ يتقيد به لأن المال له وولاية التصرف فيه إليه ولعل ذلك يفيد لوجود الاختلاف حقيقة وكذا حكماً، ألا ترى أن المودع إذا شرط عليه الحفظ في محلته ليس له أن يحفظها في محلة أخرى، فإذا تصور الاختلاف تقيد به فيضمن إذا خالفه بخلاف ما إذا قال له: بع نسيئة ولا تبع حالاً حيث كان له أن يبيعه حالاً **عند عدم اختلاف السعر بينهما** لأنه مخالفة إلى خير بيقين فهو نظير من لو وكل شخصاً ببيع عبده بألف درهم ونهاه عن البيع بالزيادة فباعه الوكيل بألفين **فإنه يجوز** لما قلنا فكذا هذا، وهذا لأن الشرط إذا كان غير مفيد لا يعتبر حتى إذا أودع وقال: لا تضعها من يدك ليلاً ونهاراً لا يتقيد به لعدم الفائدة فيه. ثم الألفاظ التي تفيد التقييد بالمذكور قوله: خذ هذا مضاربة تعمل به في مصر لأن قوله تعمل تفسير لقوله: خذه مضاربة والكلام المبهم إذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير، وكذا قوله: فاعمل به لأنه في معنى التفسير لأن الفاء للوصل والتعقيب والذي وصل الكلام المبهم وتعقبه كان تفسيراً له، وكذا لو قال: خذ مضاربة بالنصف بمصر لأن الباء للإلصاق فيقتضي أن يكون العمل فيه، وكذا لو قال: خذه مضاربة بالنصف في مصر لأن في للظرف وإنما تكون ظرفاً إذا حصل الفاعل والفعل فيه، وكذا إذا قال: خذه مضاربة على أن تعمل بمصر لأن على للشرط فيتقيد به. ولو قال: خذه مضاربة واعمل به في مصر لا يتقيد به حتى لا يضمن في العمل في غيره لأن الواو للعطف والشيء لا يعطف على نفسه وإنما يعطف على غيره وقد تكون للابتداء إذا كان بعدها جملة فيكون مشورة/ لا شرطاً **في الأول**. وفي الكافي ما يفيد التقييد من الألفاظ ستة: دفعت إليك المال مضاربة على أن تعمل بالكوفة أو لتعمل به أو تعمل بالكوفة مجزوماً أو **مرفوعاً** أو فاعمل به بالكوفة أو قال: دفعت إليك مضاربة بالنصف [٦٧ أ/٣]

الذي ذكره استحسان. قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: ولو دفعه مضاربة على أن يعمل في سوق الكوفة له أن يعمل في غير السوق بالكوفة استحساناً والقياس أن لا يملكه لأنه قيده به إلا أنا استحسنا وقلنا: يملكه في غير السوق إذا كان في الكوفة لأن الشراء لا يتفاوت بين أن يكون في السوق وبين أن يكون في غير السوق لأن الأسعار لا تتفاوت في مصر واحد فلا يكون التقييد مفيداً ولو قال: لا تعمل به إلا في السوق فعمل في الكوفة في غير السوق فهو مخالف بخلاف ما إذا قال: على أن تعمل في السوق لأنه أطلق العمل به في قيده بمكان والتقييد لغو، وفي الفصل الثاني بدأ بالنهي واستثنى تصرفاً خاصاً فلو ألغيناه لا يستقيم الإطلاق بصدر الكلام اهـ إتقاني. **قوله: (عند عدم اختلاف السعر بينهما)** أي خلافاً لزفر اهـ **قوله: (فإنه يجوز)** أي خلافاً لزفر اهـ **قوله: (في**

بالكوفة، وما لا يفيد التقييد لفظان دفعت إليك مضاربة واعمل بالكوفة أو قال: اعمل بالكوفة. والضابط أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنياً على ما قبله يجعل مبنياً عليه **كما في الألفاظ الستة** وإن استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأ **كما في اللفظين الأخيرين وحينئذٍ تكون الزيادة شورى** فكان له أن يعمل في الكوفة وغيرها، ولو قال: خذه مضاربة على أن تشتري به الطعام، أو قال: فاشتر به الطعام أو قال: لتشتري به الطعام أو قال: خذه بالنصف في الطعام، فهذا كله مفيد فيعتبر فيه التقييد به. ولو قال: على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد وليس له أن يشتري ويبيع من غيره، لأن هذا التقييد مفيد لتفاوت الناس في المعاملة قضاء واقتضاء. ولو قال: على أن تشتري به من أهل الكوفة أو من الصيارفة وتبيع منهم فباع في الكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لأن المقصود من مثل هذا الكلام عادة التقييد بالمكان أو **بالنوع** فيقيد بالمكان والنوع حتى لا يجوز له أن يخرج من الكوفة في الأول ويبيع فيها من أهلها ومن غير أهلها ولا يجوز له أن يعمل في غير الصرف في الثاني ويشتري **ويبيع من الصيارفة وغيرهم**، لأن التقييد بالمكان والنوع مفيد فيعتبر ولا يفيد التقييد بأهل الكوفة والصيارفة، لأن كل واحد منهما جمع كثير لا يمكن إحصاؤهم فيجتمع فيهم الصالح والطالح فلا يفيد التقييد بهم فلا يعتبر ويفيد التقييد بالمكان والنوع من حفظ المال على ما يرى هو فيعتبر وكذلك إن وقت للمضاربة وقتاً يتقيد به لأنه توكيل فيتقيد به كما يتقيد بالنوع والمكان.

قال رحمه الله: (**ولم يشتر من يعتق على المالك**) أي ليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بقرابة **أو بسبب يمين** لأن عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح

الأول) أي في الكلام الأول اهـ **قوله**: (**أو مرفوعاً**) تعمل به بالكوفة اهـ **قوله**: (**كما في الألفاظ الستة**) إذ لا يستقيم الابتداء بقوله على أن تعمل بالكوفة وكذلك في أخواتها فاعتبرت متعلقة بما قبلها فصارت بمعنى الشرط اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**كما في اللفظين الأخيرين**) أي وهما قوله واعمل بالكوفة بالواو وغير الواو فإنه يستقيم الابتداء لأن الواو مما يجوز الابتداء به اهـ إتقاني. **قوله**: (**وحينئذٍ تكون الزيادة شورى**) كأنه قال: إن فعلت كذا فهو أنفع وأحسن اهـ إتقاني. **قوله**: (**أو بالنوع**) أراد به الصرف اهـ إتقاني. **قوله**: (**ويبيع من الصيارفة وغيرهم**) أي ما بدا له من الصرف اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ولم يشتر من يعتق إلخ**) إذا اشترى المضارب جارية من مال المضاربة فليس لرب المال وطؤها سواء كان في ذلك المال ربح أو لم يكن وتمامه في السراج الوهاج اهـ وكتب ما نصه: وإن كان الذي دفع إليه المال مضاربة امرأة فاشترى به المضارب زوجها صح الشراء وبطل النكاح لأنه دخل في

وذلك بالبيع بعد الشراء، وفي التصرف فيه كثيراً والعتق ينافيه بخلاف الوكيل بشراء العبد حيث يجوز له أن يشتري من يعتق على الموكل لأن التوكيل هناك مطلق فيجري على إطلاقه وهنا مقيد بمال يمكن التجارة فيه حتى لو وجد في الوكالة أيضاً ما يدل على التقييد بأن قال: اشتر لي عبداً أبيعه أو قال: أستخدمه أو جارية أطؤها كان الحكم كذلك ولو اشترى من يعتق على رب المال صار مشترياً لنفسه، لأن الشراء إذا وجد نفاذاً نفذ على المشتري كالوكيل إذا خالف بخلاف ما إذا اشترى من يعتق على الموكل حيث ينفذ على الموكل والفرق ما بينا.

قال رحمه اللّه: (أو عليه إن ظهر ربح) أي ليس للمضارب أن يشتري من يعتق عليه إذا كان في المال ربح لأنه يعتق نصيبه ويفسد بسببه نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف الذي بينا في العتق فيمتنع التصرف فيه **والمراد من ظهور الربح** المذكور هنا أن تكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال سواء كان في جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن لأنه إذا كان قيمة العين مثل رأس المال أو أقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولاً برأس المال حتى إذا كان رأس المال ألفاً وصار عشرة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق/ [٦٧ ب/٣] عليه وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لا يعتق منهم شيء لأن كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئاً حتى تزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمه إلى آخر.

قال رحمه اللّه: **(وضمن إن فعل)** أي ضمن المضارب إن اشترى قريبه وقيمته أكثر من رأس المال لأنه يصير مشترياً العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة.

قال رحمه اللّه: (وإن لم يظهر ربح صح) أي إن لم يكن في قيمة العبد المشتري زيادة على رأس المال جاز شراؤه للمضاربة لأنه إذا لم تزد قيمته على رأس المال لا يعتق عليه إذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولاً برأس المال فيمكنه أن يبعه للمضاربة فيجوز.

قال رحمه اللّه: (فإن ظهر عتق حظه) أي: إن ظهر الربح في المشترى بعد الشراء بأن كانت قيمته وقت الشراء قدر رأس المال أو أقل ثم زادت قيمته حتى

ملكها بالشراء اهـ سراج وهاج. قوله: **(أو بسبب يمين)** أي بأن حلف بعتقه إذا ملكه اهـ **قوله: (والمراد من ظهور الربح)** سيأتي الكلام عليه بأتم من هذا في الحواشي الآتية وفي الأصل. **قوله في المتن: (وضمن إن فعل)** أي ضمن المضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال أو عليه ونقد من مال المضاربة وهذا أولى من تقييد الشارح لأن المصنف لم يذكر الحكم فيما إذا اشترى من يعتق على رب المال فيما تقدّم بل أخره إلى هنا اهـ قارئ الهداية

صارت أكثر من رأس المال عتق نصيب المضارب لأنه ملك بعض قريبه فوجب أن يعتق عليه بقدره.

قال رحمه الله: (ولم يضمن لرب المال) لأنه لا صنع له فيه وإنما عتق عليه بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة من غير اختيار **فصار كما إذا ورثه مع غيره**.

قال رحمه الله: **(وسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال منه)** لأنه احتسبت ماليته عنده فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين وأحدهما أبوه وفي الكافي لو اشترى نصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله صح عليهما لأن هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه وإنما دخل العتق فيه حكماً لما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفاً والشريك في هذا والأب والوصي كالمضارب حتى لو اشترى أحد الشريكين عبداً هو ذو رحم محرم من الشريك الآخر نفذ على المشتري كما ينفذ على المضارب وكذا لو اشترى الأب أو الوصي للصغير عبداً هو ذو رحم محرم من الصغير أو المعتوه لا ينفذ عليهما وإنما ينفذ على الأب أو الوصي لأنه لا نظر فيه للصغير بخلاف العبد المأذون له فإنه لو اشترى ذا رحم محرم من المولى يصح ثم إنْ لم يكن عليه دين محيط برقبته وكسبه عتق على المولى وإن كان عليه دين محيط برقبته وكسبه لا يعتق عنده وعندهما يعتق بناء على أنه هل يدخل في ملك المولى أم لا.

قال رحمه الله: **(معه ألف بالنصف)** أي مع المضارب. (فاشترى به أمة قيمتها

رحمه الله. **قوله: (فصار كما إذا ورثه مع غيره)** أي كما إذا اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجاً وأخاً لا يضمن الزوج للأخ لعدم الصنع منه فكذا هنا اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال منه)** أي في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال ونصيب رب المال من الربح اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله في المتن: (معه ألف بالنصف)** صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة: في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوي ألفاً فوطئها ثم جاءت بولد فزعم أنه ابنه ثم زاد الغلام حتى صار يساوي ألفاً وخمسمائة والرجل المدعي موسر قال: إن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وإن شاء أعتق الغلام فإذا دفع إليه ألفاً ضمن المدعي نصف قيمة الأم إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقوله والمدعي موسر أي المدعي للولد وهو المضارب وإنما قيد بيساره نفياً لشبهة ترد بأن يقال: كان ينبغي أن يضمن المضارب نصيب رب المال إذا كان المضارب موسراً لأن ضمان العتق يختلف باليسار والإعسار ولكنه لا يضمن وإن كان موسراً لأن نفوذ العتق بمعنى حكمي لا صنع للمضارب فيه على ما نبينه اعلم أن الولد إذا لم تزد قيمته على ألف فدعوة المضارب باطلة لأنه لا ملك في واحد من الولد والأم لأن كل واحد منهما مشغول برأس

ألف فولدت ولداً يساوي ألفاً فادّعاه موسراً) أي ادّعاه المضارب في حال يساره (فبلغت قيمته ألفاً وخمسمائة **سعى** لرب المال في ألف وربعه) أي ربع الألف وهو مائتان وخمسون. (أو أعتقه فإن **قبض الألف** ضمن المدعي) وهو المضارب (نصف قيمتها) أي نصف قيمة الجارية وإنما كان كذلك لأن دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهراً لأنه يحمل على أنه ولده من النكاح بأن يحمل أن البائع زوّجها منه ثم باعها منه وهي حبلى منه حملاً لأمره على الصلاح لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك وهو شرط فيه إذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف أن مال المضاربة إذا صار أجناساً مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا خلافاً لزفر رحمه اللّه لأن بعضها ليس بأولى به من البعض فإذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب في الأمة ولا في الولد وإنما الثابت له مجرّد حق التصرف فلا تنفذ دعوته فإذا زادت قيمة الغلام وصارت ألفاً وخمسمائة ظهر الربح فيه/ في ذلك الوقت فملك المضارب منه نصف الزيادة [٦٨ /أ/٣] فنفذت دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ إعتاقه السابق لأن الإعتاق إنشاء فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه أما الدعوة فإخبار فإذا ردّ في حق غيره فهو باقٍ في حق نفسه فإذا

المال وانتفى الحدّ لاحتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح في الثاني ولا يثبت النسب لعدم الملك أصلاً ويضمن العقر فيكون من المضاربة لأنه بدل المنافع فصار كالكسب. وله أن يبيع الجارية والولد لأنهما مال المضاربة. وقال بعض المشايخ: هذا قول أبي حنيفة لأنه لا يرى قسمة الرقيق فيعتبر رأس المال في كل عبد فلا يظهر الربح أما على قول أبي يوسف ومحمد يجوز قسمة الرقيق فتجعل الأم والولد كعبد واحد فيظهر الربح فملك المضارب نصف الربح فتصح دعوته فإن لم يبع واحداً منهما حتى زاد الغلام فصار يساوي ألفاً وخمسمائة نفذت الدعوة السابقة لأن الدعوة كانت صحيحة في الظاهر حملاً لها على الصحة وهو فراش النكاح لكنها لم تنفذ لعدم الملك لأنهما مشغولان برأس المال لأنه يحتمل أن يهلك أحدهما فيتعين الآخر رأس المال فلا يظهر الربح فإذا وجد الملك بظهور الربح نفذت الدعوة وعتق الولد على المضارب ألا ترى أن المضارب إذا اشترى عبدين بمال المضاربة وليس في كل واحد منهما فضل فالربح لا يظهر فيهما عندنا خلافاً لزفر فإن صارت قيمة الغلام ألف وخمسمائة فالآن ظهر الربح وهو خمسمائة ونصفه للمضارب وهو مائتان وخمسون فقد ملك المضارب شيئاً من الولد فنفذت دعوته الموقوفة اهـ إتقاني. **قوله**: **(سعى)** أي الولد اهـ **قوله**: **(أو أعتقه)** أي إن شاء رب المال أعتق نصيبه من الولد اهـ **قوله**: **(قبض)** أي رب المال اهـ **قوله**: **(الألف)** أي من الولد الذي استسعاه اهـ **قوله**:

ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه كما إذا أقر بحرّية عبد لغيره يردّ إقراره فإذ ملكه بعد ذلك صار حرّاً ولو أعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه لما قلنا فإذا نفذت دعوته صار الغلام ابناً له وعتق بقدر نصيبه منه **وهو ربعه ولم يضمن المضارب** حصة رب المال من الولد لأن العتق ثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجوداً فيضاف الحكم وهو العتق إليه **لأن الحكم يضاف إلى الوصف الأخير أصله وضع القفة** على السفينة **والقدح الأخير** والمرة الرابعة في الزنا. ولهذا قال الصديق رضي اللّه تعالى عنه للذي أقر بين يديه بالزنا ثلاث مرات: إياك والرابعة فإنها هي الموجبة. **ولا صنع للمضارب في الملك** فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدّي إذ لا يجب ضمان العتق إلا بالتعدي فكان رب المال بالخيار إن شاء أعتق نصيبه من الغلام وإن شاء استسعاه **لأن ماليته** احتبست عنده على ما مر في الإعتاق فإذا اختار الاستسعاء استسعاه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق له برأس المال ومائتين وخمسين نصيبه من الربح فإذا قبض منه ألف درهم صار مستوفياً لرأس ماله وظهر أن الأم كلها ربح لفراغها عن رأس المال **فكانت** بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت

(وهو ربعه) أي ربع رأس المال اهـ **قوله: (ولم يضمن المضارب الخ)** قال الإتقاني: ولا ضمان على المضارب لرب المال موسراً كان أو معسراً لأنه حين ادَّعى لم تنفذ الدعوة لعدم الملك وحين نفذت الدعوة لم يوجد صنع من المضارب فلا يكون ضامناً لأن ضمان العتق ضمان إتلاف فلا بد من الصنع ولم يوجد اهـ **قوله: (لأن الحكم يضاف إلى الوصف الأخير)** على ما عليه عامة المشايخ اهـ إتقاني. **قوله: (أصله وضع القفة الخ)** قال في الكافي في باب اليمين بالطلاق والعتاق: سفينة لا تحمل إلا مائة منّ فأوقع فيها رجل مناً زائداً على المائة فغرقت كان الضمان كله عليه اهـ **قوله: (والقدح الأخير)** أي في السكر اهـ **قوله: (ولا صنع للمضارب في الملك)** أي لأنه بازدياد القيمة ولا صنع له في ازدياد القيمة اهـ غاية. **قوله: (لأن ماليته) أي مالية الغلام** اهـ **قوله: (فكانت)** أي الأم بمنزلة جارية مشتركة بين اثنين فاستولدها أحدهما فيصح استيلاده ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان تملك لأنه ملك كسبها وخدمتها فصار ذلك الضمان ببدل والضمان إذا كان ببدل يستوي فيه اليسار والإعسار فلا يفتقر إلى الصنع من جهته بخلاف ضمان العتق لأنه ضمان إتلاف فلا بدّ من الصنع كذا في شروح الجامع الصغير وغيرها وقال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: والأصل أن مال المضاربة إذا كان من جنس واحد كالكيلي والوزني والعروض والحيوان التي تجري القسمة فيها إذا كانت جماعة وفيها فضل على رأس المال يظهر للمضارب فيها نصيب نحو أن يصير كله حنطة أو كله دراهم أو دنانير أو عروضاً أو حيواناً من جنس واحد سوى الرقيق أو ثياباً من جنس واحد حتى أن الزكاة تجب

كلها أم ولد له لأن الاستيلاد إذا صادف محلاً يحتمل النقل لا يتجزأ بالإجماع ويجب نصف قيمتها لرب المال موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعسار ولا يتوقف على التعدي لأنه ضمان تملك **ولهذا لو ورث أمّ** ولده مع غيره يتملكها كلها ويجب عليه أن يضمن حصة غيره من قيمتها موسراً كان أو معسراً بخلاف ضمان الإعتاق فإنه ضمان إفساد لا تملك وهو متولد من تصرفه في ملكه فلا يجب عليه بغير تعدّ ولا على معسر واشتراط اليسار هنا ليعلم أنه لا يجب على أحد، وإنما شرط قبض رب المال الألف من الغلام حتى تصير الجارية أمّ ولد للمضارب لأنها مشغولة برأس المال فإذا قبضه من الغلام فرغت عن رأس المال وصارت كلها ربحاً فظهر فيها ملك المضارب فصارت أمّ ولد له لما ذكرنا. فإن قيل: لم لا يجعل المقبوض من الولد من الربح وهو ممكن بأن يجعل الولد كله ربحاً وهي مشغولة برأس المال على حالها؟ قلنا: المقبوض من جنس رأس ماله فكان هو أولى بجعله من رأس ماله ولأن رأس المال مقدّم على الربح إذ لا يسلم لهما شيء من الربح إلا بعد سلامة رأس المال لرب المال فكان جعله به أولى بعد وصوله إلى يده ولو لم تزد قيمة الولد على ألف وزادت قيمة الأمّ حتى صارت ألفاً رخمسمائة صارت الجارية أمّ ولد للمضارب ويضمن لرب المال ألف درهم ومائتين وخمسين درهماً لأنها لما زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها ويجب عليه لرب المال رأس ماله وهو ألف ويجب عليه أيضاً نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون فإذا وصل إلى يده ألف استوفى رأس المال وصار الولد كله ربحاً فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه وما لم يصل إلى رب المال الألف فالولد رقيق

عليه إذا كان نصيبه منه يبلغ نصاباً كاملاً ولو صار مال المضاربة من أجناس مختلفة فكل جنس منها مشغول برأس ماله حتى أنه لا يجب عليه شيء من الزكاة ويجب على رب المال زكاة ثلاثة أرباعها لأنه يحصل له في الحاصل هذا القدر لأن رأس المال كان ألفاً فاشترى ما يساوي ألفين ولو صار مال المضاربة رقيقاً فإنه ينظر إن كان واحداً وفيه فضل على رأس المال يظهر للمضارب فيه نصيب وهو نصف الفضل ولو كانوا جماعة قيمة كل واحد منهم رأس المال فلا يظهر للمضارب فيه نصيب ويكون كل واحد منهم مشغولاً برأس المال فيكون كالأجناس المختلفة لأنها لا تقسم قيل: هذا على قول أبي حنيفة وعلى قولهما يقسم الرقيق فيظهر المضارب نصيب من كل عبد قدر ربعه وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث ولا كذلك سائر الحيوانات إذا كانت من جنس واحد وإن كانت جماعة فإنه ينظر إلى قيمة الكل فإن كان في قيمة الكل فضل على رأس المال كان للمضارب نصف الفضل كذا في شرح الطحاوي اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولهذا لو ورث أم ولده إلخ**) بأن استولد جارية بالنكاح ثم

[٦٨ ب/٣] على نحو ما ذكرنا في الأمّ ثم يأخذ منه/ مائتين وخمسين على أنه نصيبه من الربح ولو زادت قيمتهما عتق الولد وصارت الجارية أمّ ولد له لأن الربح ظهر في كل واحد منهما ويأخذ رأس المال من المضارب لأن ما وجب عليه أيسر المالين لأنه معجل وهو موسر والسعاية مؤجلة والعبد معسر ويأخذ منه أيضاً ما بقي من نصيبه من الربح **ويضمن أيضاً نصف عقرها** لأنه لما استوفى رأس المال ظهر أنه ربح لأن عقر مال المضاربة يكون للمضاربة ويسعى الغلام في نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب واللّه أعلم.

باب المضارب يضارب

قال رحمه اللّه: (**فإن ضارب المضارب بلا إذن** لم يضمن ما لم يعمل الثاني) أي: إذا دفع المضارب المال مضاربة بغير إذن رب المال **لم يضمن بالدفع ما لم يتصرف** الثاني. وهذا ظاهر الرواية وروى **الحسن عن أبي حنيفة** رحمه اللّه أنه لا يضمن حتى يربح. وقال زفر رحمه اللّه: يضمن بالدفع تصرف أو لم يتصرف **وهو رواية عن أبي يوسف** رحمه اللّه لأنه ليس له أن يدفع المال على وجه المضاربة لأن العقد لا يقتضي مثله على ما بيناه فيضمن الأول بالدفع والثاني بالأخذ لأن كلاً منهما متعدّ كالمودع إذ أعار الوديعة بغير إذن صاحبه **ووجه الظاهر** أن الدفع إيداع حقيقة وإنما يتقرّر كونه

ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه اهـ **قوله: (ويضمن أيضاً نصف عقرها)** تقدّم أنه يحمل على الاستيلاد بالنكاح فكيف يجب العقر اهـ من خط قارئ الهداية.

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم دفع المال مضاربة من رب المال إلى غيره ذكر حكم دفع المضارب إلى غيره مضاربة لأن الأولى مضاربة مفردة وهذه مركبة والمركب بعد المفرد وجوداً وعدماً اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (فإن ضارب المضارب بلا إذن)** أي: أو تفويض بأن لم يقل له رب المال اعمل برأيك لأنه إذا قيل له ذلك يملك أن يضارب حينئذٍ اهـ **قوله: (لم يضمن بالدفع ما لم يتصرف)** أي ربح أو لم يربح اهـ **قوله: (وروى الحسن عن أبي حنيفة)** هو رواية محمد بن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة اهـ **قوله: (وهو رواية عن أبي يوسف)** والحاصل أنه لا ضمان على واحد منهما قبل عمل الثاني في ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة وإذا عمل الثاني بالمال إن عمل عملاً لم يدخل تحت المضاربة بأن وهب المضارب الثاني المال من رجل أو استهلكه فالضمان على الثاني دون الأول وإن عمل عملاً دخل تحت المضاربة بأن اشترى بالمال شيئاً فإن ربح فعليهما الضمان وإن لم يربح فلا ضمان على واحد منهما في ظاهر

للمضاربة بالتصرف. ووجه المروي عن أبي حنيفة رحمه الله أن العقد المجرّد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرّد بيع مال الغير **ولا بالتسليم** لأجل التصرف لأنه إيداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لأنه وكيل فيه على ما بينا من قبل وهو له أن يوكل وهذا لأنه إنما يصير ضامناً بالمخالفة وبهذه الأشياء لا يصير مخالفاً ألا ترى أن له أن يفعل كل واحد منها على الانفراد فلا يكون ضامناً به لكن إذا ربح أثبت الشركة فيه وإثبات الشركة في مال الغير سبب للضمان كما إذا خلطه بمال غيره ثم رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأوّل رأس ماله لأنه صار غاصباً بالدفع إلى غيره **بغير إذنه** وإن شاء ضمن الثاني لأنه قبض مال الغير بغير إذن صاحبه وهذا ظاهر على أصلهما لأنهما يوجبان الضمان على مودع المودع وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فقد قيل: ينبغي أن لا يضمن الثاني كمودع المودع وقيل: يضمن الثاني عنده أيضاً لأنه قبضه لنفع نفسه بخلاف مودع المودع فإنه يقبضه لمنفعة صاحب المال فإن ضمن الأوّل صحت المضاربة بين الأوّل والثاني والربح بينهما على ما شرطا **لأنه بأداء الضمان** ملكه من وقت خالف فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة إلى الثاني وإن ضمن الثاني **يرجع بما ضمن على الأوّل** لأنه التزام سلامة المقبوض له عن الضمان فإذا لم يسلم له رجع عليه بالمخالفة **إذ هو مغرور** من جهته **كمودع الغاصب** وصحت المضاربة بينهما **لأنه لما كان قرار الضمان عليه** ملك المدفوع مستنداً إلى وقت التعدّي فيتبين أنه دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرطا لصحة

الرواية اهـ إتقاني. **قوله:** (**ووجه الظاهر**) قال الإتقاني: ووجه قولهما وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة أن مجرد الدفع لا يتعلق به ضمان ألا ترى أن المضارب له أن يودع ويبضع فلم يضمن بمجرد الدفع لعدم تحقق المخالفة بخلاف ما إذا تصرف الثاني حيث يجب الضمان لأنه حصل العمل في المال على وجه لم يرض به المالك فتحقق الخلاف فوجب الضمان فجعل الأمر مراعى أي موقوفاً قبل العمل حتى إذا عمل الثاني وجب الضمان وإلا فلا اهـ **قوله:** (**ولا بالتسليم**) يعني لا يجب الضمان على المضارب بالتسليم إلى المضارب الثاني اهـ **قوله:** (**بغير إذنه**) يعني إذا دفع المال مضاربة وعمل الثاني ثبت الضمان مستنداً إلى وقت الدفع اهـ ولا مخافة حينئذٍ بين هذا وبين ما تقدم من قوله لم يضمن بالدفع ما لم يتصرف اهـ **قوله:** (**لأنه بأداء الضمان الخ**) قال الإتقاني: لأنه لما ضمن ملك بالضمان اهـ **قوله:** (**يرجع بما ضمن على الأول**) أي لأنه غرّه بالعقد فصار كمودع المودع اهـ إتقاني. **قوله:** (**إذ هو مغدور**) بالدال المهملة من الغدر كذا السماع اهـ غاية. والذي بخط الشارح وهو الزيلعي مغرور بالراء اهـ **قوله:** (**كمودع الغاصب**) يعني أن مودع الغاصب إذا ضمن يرجع

المضاربة ويطيب للثاني ما ربح لأنه يستحقه بالعمل ولا خبث في عمله **ولا يطيب للأوّل** لأنه يستحقه برأس المال وملكه فيه ثبت مستنداً **فلا يخلو عن شبهة** فيكون سبيله التصدّق هذا إذا كانت المضاربتان صحيحتين. وأما إذا كانت إحداهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما لأنه إن كانت الثانية هي الفاسدة صار أجيراً على ما بينا / وللأوّل أن يستأجر من يعمل في المال **وإن كانت هي الأولى** فكذلك لأن فسادها يوجب فساد الثانية لأن الأولى لما فسدت صارت إجارة وصار الربح كله لرب المال ولو صحت الثانية في هذه الحالة لصار الثاني شريكاً وليس للأجير أن يشرك غيره بل المضارب لا يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة **وكانا أجيرين وكذا إذا كانتا فاسدتين** فإذا كانا أجيرين **لا يضمن واحد منهما**. ولا يقال: الأجير ليس له أن يستأجر للعمل فكيف جاز هنا للمضارب الأول أن يستأجر بعدما فسدت الأولى وهو أجير فيها لأنا نقول: الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها فلما كان له أن يستأجر في المضاربة الصحيحة كان له أن يستأجر في الفاسدة أيضاً. [٦٩ ١/٣]

قال رحمه اللّه: (فإن دفع بإذن بالثلث وقيل له: ما رزق اللّه بيننا نصفان فللمالك النصف وللأوّل السدس وللثاني الثلث) أي: دفع المضارب الأوّل إلى المضارب الثاني بالثلث وكان رب المال قال للأوّل: على أن ما رزق اللّه بيننا نصفان وربح الثاني فلرب المال النصف وللمضارب الأوّل السدس وللمضارب الثاني الثلث لأن الدفع إلى الثاني

على الغاصب بما ضمن اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه لما كان قرار الضمان عليه)** أي المضارب الأول اهـ **قوله: (ولا يطيب للأول)** أي في قياس قول أبي حنيفة اهـ وكتب ما نصه قال في شرح الكافي: ولو كان المضارب الثاني لم يعمل بالمال حتى ضاع في يده فلا ضمان على واحد من المضاربين لأن الضمان لا يجب بمجرّد الدفع إذ هو حفظ وصيانة وله أن يأمر غيره بالحفظ وإنما يجب بالتصرف وقد انعدم التصرف هاهنا ولو استهلك المضارب الثاني المال كان الضمان عليه خاصة لأنه غير مستند إلى أمره فانقطعت إضافته عنه اهـ إتقاني. **قوله: (فلا يخلو عن شبهة)** أي لأن الثابت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فلا يثبت الملك من كل وجه فيتمكن الخبث في الربح ولا يطيب اهـ إتقاني. **قوله: (هذا)** أي: ما تقدم من ضمان الأول أو الثاني محله ما إذا كانت المضاربتان إلخ اهـ **قوله: (وإن كانت هي الأولى)** أي فقط وكانت الثانية جائزة اهـ **قوله: (وكانا أجيرين)** وللمضارب الأول أجر مثله لأن عمل الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثاني على الأول مثل ما شرط له من الربح لأنه عمل بمضاربة صحيحة فاستحق ما سمي له اهـ إتقاني. **قوله: (وكذا إذا كانتا فاسدتين)** قال الإتقاني: وهذه الفصول الأربعة جوابها في الأصل اهـ وقوله الفصول الأربعة وهي أن تكون المضاربتان جائزتين أو فاسدتين أو الأولى جائزة والثانية فاسدة أو عكسه اهـ **قوله: (لا**

صحيح لأنه بأمر المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق اللّه تعالى وقد جعل الأول للثاني ثلثه **فينصرف ذلك إلى نصيبه** لأنه لا يقدر أن ينقص من نصيب رب المال شيئاً فبقي له السدس ويطيب ذلك لكلهم لأن رب المال يستحقه بالمال لأنه نماء ملكه والمضارب الأول والثاني يستحقانه بالعمل لأن عمل الثاني وقع عنهما فصار نظير من استأجر خياطاً ليخيط له ثوباً بدرهم واستأجر هو غيره ليخيط له ذلك الثوب بنصف درهم **وزاد قيمة الثوب** طاب لهم جميعاً لما قلنا فهذه لا شبهة فيها وهي تجارة حسنة حيث يستحق الأول سدس الربح وهو قاعد.

قال رحمه اللّه: (ولو قيل: ما رزقك اللّه بيننا نصفان) أي قال رب المال للأول ذلك والمسألة بحالها: (فللثاني ثلثه والباقي بين الأول والمالك نصفان) لأن رب المال هنا شرط أن يكون ما رزق اللّه المضارب الأول بينهما نصفين والمرزوق للأول هو الثلثان لأن الثلث استحقه الثاني بشرط الأول وهو مأذون له فيه فلم يكن من رزق الأول إلا الثلثان فيكون ذلك بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة أيضاً لما ذكرنا وهذه أحسن في حق الأول.

قال رحمه اللّه: (ولو قال له: ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي) أي: قال رب المال للمضارب الأول: أي شيء ربحت فهو بيننا نصفان ثم دفع الأول للثاني بالنصف فللثاني نصف الربح لأن الأول شرط له ذلك وشرطه صحيح لأنه بإذن المالك والباقي وهو النصف استوى فيه رب المال والمضارب الأول فيكون بينهما نصفين لأن رب المال لم يشترط لنفسه هنا إلا نصف ما ربحه الأولّ ولم يربح هو إلا النصف والنصف الآخر صار للثاني بشرطه فلم يكن من ربح الأوّل وهذه مثل المسألة الثانية غير أن المشروط فيها للثاني الثلث فيبقى لهما الثلثان وفي هذه النصف فيبقى لهما النصف.

قال رحمه اللّه: (ولو قيل له: ما رزق اللّه فلي نصفه أو ما كان من فضل فبيننا نصفان فدفع بالنصف / فللمالك النصف وللثاني النصف **ولا شيء للأول**) لأن قول [٦٩ ب/٣] رب المال: ما رزق اللّه أو ما كان من فضل ينصرف إلى جميع الربح فيكون له النصف من الجميع وقد شرط المضارب الأوّل للثاني نصف جميع الربح فيكون له أيضاً

يضمن واحد منهما) أي لأن المضارب الأول أجير في المال والثاني أجير الأول فصار كمن استأجر رجلاً يعمل في ماله فاستأجر الأجير رجلاً اهـ غاية. **قوله**: (**فينصرف ذلك إلى نصيبه**) أي إلى نصيب المضارب الأول اهـ **قوله**: (**وزاد قيمة الثوب**) هذه الجملة لم يذكرها الكاكي وذكر ما قبلها اهـ وكتب على قوله وزاد قيمة الثوب ما نصه عليك بالتأمّل في معناه اهـ **قوله**

النصف فلم يبق للأوّل شيء من الربح فيخرج بغير شيء كمن استأجر رجلاً ليخيط له ثوباً بدرهم فاستأجر الأجير غيره له ليخيط ذلك الثوب بدرهم بخلاف ما إذا قال: ما ربحت بيننا نصفان أو ما رزقك الله حيث يكون لرب المال فيها نصف ما بقي من الثاني وهي المسألة المتقدمة على ما بينا والأصل فيه أن رب المال متى ما شرط لنفسه نصف الربح أو ثلثه من مطلق الربح فله ما شرط من جميع الربح وإن شرط لنفسه نصف ما ربحه المضارب الأوّل أو ثلثه فله ما شرط مما فضل من نصيب الثاني فلا يمكن أن يخرج الأوّل في هذه بغير شيء وفي الأولى يمكن على ما رأيت ويمكن أن يضمن للثاني أيضاً على ما تبين.

قال رحمه الله: (ولو شرط للثاني ثلثيه والمسألة بحالها ضمن الأوّل للثاني سدساً) أي سدس الربح من ماله لأن رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الأوّل لأن شرطه صحيح لكونه معلوماً لكن لا ينفذ في حق رب المال إذ لا يقدر أن يغير شرطه فيغرم له قدر السدس لأنه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد **ولأنه غرّة في ضمن عقد المضاربة** وهو أيضاً سبب للرجوع كمن استأجر رجلاً لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الأجير إلى من يخيطه بدرهم ونصف.

قال رحمه الله: (وإن شرط للمالك ثلثه **ولعبده** ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح) أي: **إذا شرط المضارب لرب المال** ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد مع المضارب ولنفسه ثلث الربح جاز لأن اشتراطه للعبد يكون اشتراطاً للمولى **فكأنه شرط للمولى ثلثي الربح** واشتراط عمل العبد غير مفسد لأنه من أهل أن يضارب في مال مولاه وللعبد يد حقيقة ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه لا سيما هنا لأنه يكون العبد مأذوناً له باشتراط العمل عليه فلا تكون يد مولاه ثابتة فيه بعد التسليم إليه فصحت المضاربة لزوال يد

في المتن: (ولا شيء للأول) أي لأنه جعل ماله غيره فلا يبقى له شيء اهـ إتقاني. **قوله: (ولأنه غرّه في ضمن عقد المضاربة)** وإنما قيد الغرور بضمن العقد قال الإتقاني: لأن الغرور إذا لم يكن في ضمن العقد لا يجب الضمان كما إذا قال لآخر: هذا الطريق آمن فاسلكها فسلكها فقطع عليه الطريق لا يجب الضمان اهـ **قوله في المتن: (ولعبده)** أي لعبد رب المال والتقييد بعبد رب المال لا للشرط لأن حكم عبد المضارب كذلك وكذلك لو شرط الأجنبي. **قوله: (إذا شرط المضارب لرب المال إلخ)** وأما إذا شرط الثلث لابن المضارب أو لزوجته فالمضاربة جائزة وما شرط لابن المضارب فهو لرب المال لأن ابن المضارب لا يجوز أن يستحق من غير مال ولا عمل اهـ فصار المشروط مسكوتاً عنه. وما سكت عنه من الربح فهو لرب المال اهـ

المولى عن المال بخلاف ما إذا شرط عمل رب المال لأن بقاء يده يمنع تسليم المال إلى المضارب فلا يجوز ثم إن لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد أو لم يشرط وإن كان عليه دين فهو لغرمائه وإن شرط عمله وإن لم يشترط عمله فهو للمولى وهذا ظاهر لأنه باشتراط عمله صار مضارباً في مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه **وإلا فهو للمولى** وإن لم يشترط عمله فهو أجنبي عن العقد فكان المشروط كمسكوت عنه **فيكون له** لأنه نماء ملكه إذ لا يشترط بيان نصيبه وإنما يشترط بيان نصيب المضارب لكونه كالأجير وكذلك إذا شرط الثلث لعبد المضارب يصح سواء اشترط عليه العمل أو لم يشترط إن لم يكن عليه دين لأن ما شرطه له للمولى **فيكون كأنه شرط للمولى من الابتداء** وإن كان عليه دين إن شرط عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وإن لم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرطه له لرب المال عند أبي حنيفة رحمه الله لأن المولى لا يملك كسب/ عبده المديون عنده [٧٠/أ ٣] فلا يكون المشروط للعبد مشروطاً للمولى فتعذر تصحيحه له وكذا لا يمكن جعله للعبد من غير عمل **فبطل** بخلاف ما إذا شرط لعبد رب المال بلا عمل فإن العبد إن لم يستحقه يبقى في ملك رب المال فيكون له لأنه نماء ملكه وعندهما المولى يملك كسب عبده المدين فاشتراطه للعبد يكون اشتراطاً للمولى فيصح هذا إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون له عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على مولاه لا يصح إن لم يكن عليه دين لأنه اشتراط العمل على المالك بخلاف العكس وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رحمه الله لأن المولى لا يملك كسب عبده المديون فصار من أهل أن يعمل في مال المضاربة وعندهما يملك كسب عبده المدين فلا يجوز ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال أو المضارب إن شرط عمله جاز عمله وكان المشروط له لأنه صار مضارباً له باشتراطه العمل عليه وهو من أهل أن يضارب في مال مولاه لأنه كالأجنبي عنه وإن لم يشترط عمله لا يجوز لأن هذا ليس بمضاربة وإنما المشروط هبة موعودة فلا يلزم وعلى هذا غيره من الأجانب إن شرط له بعض الربح وشرط عليه عمله صح وإلا فلا. ويعلم بما ذكرنا أن اشتراط عمل العبد مع المضارب في المختصر وقع اتفاقاً أو إعلاماً أن يده ليست يد المولى حتى لا تمنع صحة المضاربة بخلاف اشتراطه على المولى.

إتقاني. **قوله**: (**فكأنه شرط للمولى ثلثي الربح**) وعلى هذا قالوا: لو شرط ثلث الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال لأن المشروط في قضاء دين أحدهما مشروط له اهـ إتقاني. **قوله**: (**وإلا فهو للمولى**) أي لأنه لا يجوز أن يستحق ربحاً في المضاربة من غير عمل ولا مال اهـ قوله: (**فيكون له**) أي لرب المال اهـ **قوله**: (**فيكون كأنه شرط للمولى من الابتداء**)

قال رحمه اللّه: (**وتبطل بموت أحدهما**) لأن المضاربة وكالة وهي تبطل به ولا تورث وقد عرف في موضعه.

قال رحمه اللّه: (وبلحوق المالك مرتداً) يعني تبطل المضاربة بلحوق رب المال بدار الحرب مرتداً لأن اللحوق بمنزلة الموت ولهذا يورث ماله وتعتق أمهات أولاده ومدبروه وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه اللّه على النفاذ بالإسلام أو البطلان بالموت أو القتل لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو

أي فيكون للمضارب الثلثان ولرب المال الثلث اهـ **قوله**: (**فبطل**) فصار كالمسكوت عنه وما سكت عنه فهو لرب المال كما تقدّم اهـ **قوله في المتن**: (**وتبطل بموت أحدهما**) لأن المضارب يتصرف في المال بإذن رب المال كالوكيل فإذا مات رب المال بطل الإذن فلم يجز التصرف في مال الغير بغير إذنه وكذلك إذا مات المضارب تبطل المضاربة لأنه بمنزلة الوكيل وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا ينتقل ذلك إلى ورثته فكذلك هذا قاله الإتقاني رحمه اللّه. ثم قال: اعلم أن عقد المضاربة بمنزلة الوكالة الخاصة لكن يفترقان في مسائل منها ماذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي في باب شراء المضارب وبيعه: وإذا أراد المضارب أن يرد عبداً قد اشتراه بالعيب فطلب البائع يمين المضارب ما رضي بالعيب ولا عرضه على البيع منذ اشتراه فنكل المضارب عن اليمين بقي العبد على المضاربة لأن أقصى ما في الباب أن يجعل هذا شراء مبتدأ ولو اشتراه ابتداء صح فكذا إذا استردّ بالعيب. وكذلك لو أقر بالعيب يلزمه العبد على المضاربة بما ذكرنا بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الشراء فلا يصح إقراره. ومنه ما ذكر في شرح الكافي أيضاً في باب مضارب يدفع المال مضاربة: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف وقال له: اعمل فيه برأيك فدفعه المضارب إلى رجل مضاربة بالثلث فعمل به فربح فللمضارب الآخر ثلث الربح للأول سدسه ولرب المال نصفه فإن دفع الثاني إلى ثالث مضاربة وقد كان قال للثاني: اعمل فيه برأيك له أن يشارك به وأن يخلطه بماله. فرق بين هذا وبين الوكيل إذا قال: اعمل برأيك كان للوكيل أن يوكل غيره ولو قال الوكيل الأوّل للثاني: اعمل فيه برأيك لم يكن للثاني أن يوكل غيره لأن الأوّل استفاد ولاية التوكيل بالإذن والإذن وجد في حقه خاصة فلا تثبت هذه الولاية بخلاف المضارب لأنه استفاد هذه الولاية بعقد الشركة لأنه استفاد ولاية التجارة مطلقاً بقوله: اعمل فيه برأيك فيملك جميع أنواع التجارات وهذا نوع تجارة فملك التفويض إلى غيره. ومنها أن الوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعد الشراء فإنه يرجع به على الموكل ثم لوهلك ما أخذه ثانياً لا يرجع به مرة أخرى والمضارب يرجع على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يصل الثمن إلى البائع وهو مذكور في الهداية قبيل فصل في الاختلاف من كتاب المضاربة والفرق أن الثمن إذا توى في يد الوكيل قبل التسليم إلى البائع رجع به على الموكل ثم لو توى ثانياً لم يملك الرجوع لأن الوكيل يتصرف

كان المضارب هو المرتد **فالمضاربة على حالها عندهم لأن تصرفاته** إنما توقفت لمكان توقفه في ملكه ولا ملك له هنا في مال المضاربة وله عبارة صحيحة فلا يتوقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة على حالها.

قال رحمه الله: (وينعزل بعزله إن علم) أي ينعزل المضارب بعزل رب المال إياه بشرط أن يعلم العزل لأنه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله على ما بينا في الوكالة.

قال رحمه الله: (وإن علم والمال عروض باعها) أي: علم المضارب بالعزل ومال المضاربة عروض باع العروض ولا ينعزل من ذلك لأن له حقاً في الربح **ولا يظهر إلا بالنض** فثبت له حق البيع ليظهر ذلك.

قال رحمه الله: (ثم لا يتصرف في ثمنها) لأن البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح إن كان فيه ولا حاجة إليه بعد النض فصار كما إذا عزله بعد ما نض وصار من جنس رأس المال ولو عزله والمال نقود **لكن من خلاف جنس رأس المال** ليس له أن يبيعه بجنس رأس المال قياساً لأن النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفي الاستحسان له أن يبيعه بجنس رأس المال لأن الواجب على المضارب أن يرد مثل

لنفسه ولهذا كانت العهدة عليه لكن لما أدّى الثمن بأمره كان له أن يرجع عليه وإذا رجع مرة أخرى فقد قبض ما وجب له على الموكل وبرئت ذمته فلا يرجع ثانياً بخلاف المضارب فإنه قابض للمضاربة لا لنفسه لأنه عامل للمضاربة كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين في باب المضاربة في المضاربة. ومنها أن المضارب إذا اشترى بمال المضاربة عروضاً ثم عزله رب المال عن المضاربة لم يعمل عزله وإن علم بعزله وسيجيء ذلك في المتن بعد خطوط وذلك لأنه لا يملك حجره في هذه الحالة لتعلق حق المضاربة به وهو حق البيع ليربح عليه بخلاف الوكيل لأنه ينعزل إذا علم لأنه لم يتعلق حقه به. ومنها. **قوله: (فالمضاربة على حالها عندهم)** قال في المجمع: وتبطل بموت رب المال وبردّته ولحاقه وبموت المضارب دون ردّته اهـ **قوله: (لأن تصرفاته)** أي تصرفات المرتد اهـ **قوله: (ولا يظهر إلا بالنض)** في المغرب نضيض الماء خروجه من الحجر أو نحوه وسيلانه قليلاً قليلاً من حدّ ضَرَبَ ومنه خذ ما نض لك من دينك أي ما تيسر وحصل وفي الحديث «يقتسمان ما نض بينهما من العين»[١] أي: صار ورقاً وعيناً بعد أنْ كان متاعاً والنض عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير اهـ كاكي. وقوله عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير منه ما ذكره في الفائق في حديث عمر رضي الله عنه «كان يأخذ الزكاة من ناض المال هو مانض منه»[٢] أي صار ورقاً وعيناً بعد

---

(١) ذكره ابن الأثير في النهاية (٥ / ٧٢).

(٢) ذكره ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث (٥ / ٧٢).

[٧٠ ب/٣] رأس المال وإنما يتحقق ذلك برد جنسه فكان له أن يبيعه ضرورة وموته وارتداده/ مع اللحوق وجنونه مطبقاً والمال عروض كعزله والمال عروض حتى لا يمنعه موت رب المال من بيعه كما لا يمنعه عزله منه لأن جواز بيعه له بعد العزل لأجل حق المضارب لاحتمال أن يكون فيه ربح فيظهر وذلك لا يختلف بين أن يكون العزل حكمياً أو قصدياً لأن حقه ثابت فيه على كل حال بخلاف ما إذا لم يكن له فيه حق بأن نض كله أو كان وكيلاً لا مضارباً حيث يختلف فيه بين العزل القصدي والحكمي حتى لا ينعزل في القصدي إلا إذا علم وفي الحكمي ينعزل علم أو لم يعلم على ما بينا من الفرق بينهما في الوكالة. وهنا لا فرق بينهما لأن المانع هو ثبوت حقه وهو ثابت فيه على كل حال والدليل على أنهما يستويان فيه أن العلم بالعزل لا تأثير له هنا فكذا كونه حكمياً لأن القصدي بعد العلم يساوي الحكمي مطلقاً.

قال رحمه اللّه: (**ولو افترقا** وفي المال ديون وربح أجبر على اقتضاء الديون) لأنه كالأجير والربح كالأجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على إتمام عمله كما في الإجارة المحضة.

قال رحمه اللّه: (**وإلا لا يلزمه الاقتضاء**) أي إن لم يكن في المال ربح لا يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض وهو متبرّع ولا جبر على المتبرّع على إنهاء ما تبرّع به ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم ولا يقال: الردّ واجب عليه وذلك إنما يكون بالتسليم كما أخذه لأنا نقول: الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة.

قال رحمه اللّه: (ويوكل المالك عليه) أي يوكل المضارب المالك وهو رب المال على الاقتضاء **لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد** ورب المال ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة إلا بتوكيله فيؤمر بالتوكيل كيلا يضيع حقه وعلى هذا كل وكيل بالبيع وكل مستبضع إذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على أن يحيل صاحب المال كيلا يضيع حقه.

قال رحمه اللّه: (والسمسار يجبر على التقاضي) لأنه يبيع ويشتري للناس عادة بأجرة فجعل ذلك بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليه التقاضي والاستيفاء لأنه وصل إليه بدل عمله فصار كالمضارب إذا كان في المال ربح والسمسار

أن كان متاعاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**لكن من خلاف جنس رأس المال**) أي بأن يكون رأس المال دراهم والناض دنانير أو على العكس اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ولو افترقا**) المراد من افتراق رب المال والمضارب فسخهما عقد المضاربة اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وإلا لا يلزمه الاقتضاء**) وقال الشافعي: يلزمه الاقتضاء وإن لم يكن في المال ربح كذا في شرح الأقطع اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد**) أي ولو ضمن العاقد لرب المال هذا الدين عن

بكسر الأول المتوسط بين البائع والمشتري فارسية معرّبة والجمع السماسرة يبيع ويشتري للناس بأجرة من غير أن يستأجر ولو استؤجر بأجرة معلومة على أن يشتري أو يبيع شيئاً معلوماً لا تجوز الإجارة لأنه استؤجر على عمل لا يقدر على إقامته بنفسه فإن الشراء والبيع لا يتم إلا بمساعدة غيره وهو البائع والمشتري فلا يقدر على تسليمه والحيلة في جوازه أن يستأجره يوماً للخدمة فيستعمله في البيع والشراء إلى آخر المدة لأن العقد يتناول المنفعة وهي معلومة ببيان قدر المدّة وهو قادر على تسليمه بتسليم نفسه في المدّة ولو عمل من غير شرط و أعطاه شيئاً لا بأس به لأنه عمل معه حسنة فجازاه خيراً وبذلك جرت العادة وما رآه المؤمنون حسناً فهو عند اللّه تعالى حسن.

قال رحمه اللّه: (وما هلك من مال المضاربة فمن الربح) لأنه تابع ورأس المال أصل لتصوّر وجوده بدون الربح لا العكس فوجب صرف الهالك إلى التبع لاستحالة بقائه بدون الأصل كما يصرف الهالك إلى العفو في الزكاة.

قال رحمه اللّه: (فإن زاد الهالك على الربح / لم يضمن المضارب) لأنه أمين [٧١ أ ٣/٢] فلا يكون ضميناً للتنافي بينهما في شيء واحد.

قال رحمه اللّه: (وإن قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادّا الربح ليأخذ المالك رأس ماله) أي إذا اقتسما الربح والمضاربة باقية على حالها ولم يفسخاها بأن اقتسما بعض المال وتركا بعضه في يد المضارب على أنه رأس المال والمقتسم ربح ثم هلك المتروك في يده وهو أمانة ترادّا الربح الذي اقتسماه حتى يستوفي رب المال رأس ماله لأن الربح تابع ورأس المال أصل فلا يسلم الربح بدون سلامة الأصل قال رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم: «مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه أو قال فرائضه»[١] فإذا هلك ما في يده تبين أنه ليس برأس مال وأن ما قتسماه ليس بربح إذ لا يتصوّر بقاء التبع بدون الأصل فيضمن المضارب ما أخذه على أنه ربح لأنه أخذه لنفسه حتى يتم به رأس المال بخلاف ما بقي في يده حيث لا

الذي عليه الدين لم يجز ضمانه لأن العقد جعله أميناً فلا يملك أنْ يجعل نفسه ضميناً فيما جعله العقد أميناً اهـ غاية. قوله: (إلى العفوفي الزكاة) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف اهـ إتقاني. **قوله: (إذ لا يتصوّر بقاء التبع الخ)** قال في قسم المبسوط من الشامل: ولو ربح ألفين فأخذ رب المال رأس ماله ألفاً وأخذ المضارب من الألفين حصته ألفاً ولم يأخذ رب

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٢ /٣٨٧).

يضمنه لأنه لم يأخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب عليه من رأس المال ونظيره عزل الورثة بعض التركة لقضاء دين الميت به ثم اقتسامهم بقية التركة ثم هلاك المعزول فإن قسمتهم قد بطلت ووجب عليهم الترادّ لقضاء الدين فإن كان فيهم غريم فهو محسوب عليهم من الدين لأن الورثة لا يسلم لهم شيء إلا بعد قضاء الدين.

قال رحمه اللّه: (وما فضل فهو بينهما) أي ما فضل من رأس المال بعد التراد يكون بينهما لأنه ربح لأن رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء رأس ماله إلا في الربح.

قال رحمه اللّه: (وإن نقص لم يضمن المضارب) لأنه أمين فيه.

قال رحمه اللّه: (وإن قسم الربح وفسخت ثم عقداها فهلك المال لم يترادّا الربح الأول) أي لو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانياً فهلك المال بعد ذلك لم يترادّا الربح الأوّل لأن المضاربة الأولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال في الثانية لا يوجب انتقاض الأولى فصار كما إذا دفع إليه مالاً آخر وهذه هي الحيلة فيما إذا خاف المضارب أن يستردّ منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي في يده من رأس المال وصورة هذه الحيلة أن يسلم المضارب رأس المال إلى رب المال ثم يقتسما الربح ثم يردّ رب المال رأس المال إلى المضارب ويقول له: اعمل على المضاربة فتكون بذلك مضاربة مستقبلة فهلاك المال فيها بعد ذلك لا يوجب ردّ الربح الذي كان في الأولى وهكذا إذا فعلا ذلك في كل ما اقتسماه لا يجب عليهما الترادّ عند الهلاك.

(فصل) **اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع** نوع يملكه بمطلق عقد المضاربة **وهو ما هو معتاد بين التجار** كالرهن والارتهان والإيجار والاستئجار للركوب أو الحمل

المال حصته حتى هلك ردّ المضارب نصف ما أخذ من الربح لأن رب المال ما لم يأخذ فهو على المضاربة وصار كأنه لم يكن الربح إلا في يد المضارب وإن كان ما أخذه المضارب هلك يهلك من ماله لأنه صار مستوفياً حقه فخرجت من المضاربة والأصل أن ما يستوفيه المضارب لنفسه صار في ضمانه والذي لم يستوف رب المال باقٍ على حكم المضاربة اهـ إتقاني. **قوله**: **(فصل اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع)** هذه الأنوع الثلاثة قد تقدّمت عند قوله في المتن ويبيع بنقد ونسيئة نقلاً عن الإتقاني فراجعها اهـ **قوله**: **(وهو ما هو معتاد بين التجار)** قال في الهداية: لأن له الأمر العام المعروف بين الناس. قال الإتقاني: أي المضارب له ولاية الأمر الشائع المشهور في عرف الناس يعني به ما هو من صنيع التجار. والدليل على أن له هذه الولاية أنه يشتري دابة للركوب والحمل ولا يشتري سفينة للركوب ويشتري سفينة للحمل اعتباراً لصنيع التجار قال في قسم المبسوط من الشامل: دفع مضاربة

والشراء له ولو سفينة إذا احتاج إليه وتأخير الثمن إلى أجل **متعارف ولو بعد البيع** لأنه يملك الإقالة بخلاف الوكيل بالبيع عند أبي يوسف رحمه اللّه حيث لا يجوز تأجيله الدين بعد البيع لأنه لا يملك الإقالة ثم بيعه نسيئة وهنا يملك. ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له: اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلتحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة وخلط/ مال المضاربة بماله [٧١ ب/٣] أو بمال غيره لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا تتوقف التجارة عليه فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه هو طريق في التثمير فمن هذا الوجه موافق له فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله: اعمل برأيك دال عليه. ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله: اعمل برأيك إلا أن ينص عليه وهو الاستدانة لأن فيه شغل ذمّته بالدين فلا يدل عليه اللفظ وصورته: هو أن يشتري بالدين بعد ما اشترى برأس المال كله نوعاً من التجارة فإذا فعل ذلك بأمره كان المشتري بينهما على ما شرطا وربحه تبع لأصله حتى يستحقانه بقدر استحقاقهما الأصل. ويبطل شرطهما فيه خلاف ذلك إذ هو شركة وجوه **وليس بمضاربة** لأنه إذا اشترى برأس المال عروضاً ثم

على أن يشتري الطعام خاصة له أن يستأجر لنفسه أو يشتري دابة للركوب والحمولة لأنه مما يفعله التجار ولا يشتري سفينة يحمل فيها الطعام لأنه ليس من عادة التجار لا جرم في بلد عادتهم ذلك يجوز ولو كانت المضاربة عامة جاز شراء السفينة أيضاً لأنه وقعت عامة كذا في الشامل اهـ كتب ما نصه: قال الإتقاني رحمه اللّه: والحاصل أن المضارب يملك على رب المال ما هو تجارة من كل وجه أو ما هو من صنيع التجّار بأنْ لم يكن للتجار منه بُدّ، أما ما ليس بتجارة من كل وجه أو هو تجارة من وجه دون وجه وليس ذلك من صنيع التجّار لا يملك المضارب على رب المال. ومن هذا قلنا أن المضارب لا يملك تزويج غلام المضاربة لأنه ليس بتجارة اهـ وكتب أيضاً مانصه قال في الهداية: ولو احتال بالثمن على الأيسر على الأعسر جاز أن الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر لأن تصرفه مقيد بشرط النظر قال الإتقاني: يعني لو قبل المضارب الحوالة من المشتري بالثمن على غير المشتري جاز وإنْ كان المحتال عليه أعسر من المشتري لأن ذلك من صنيع التجار لأن له أن يقابل البيع مع الأوّل ثم يبيع من الأعسر بخلاف الوصي يقبل الحوالة من مشتري مال اليتم على أعسر منه حيث لا يجوز لأن ولايته نظرية وليس في ذلك نظر اهـ **قوله: (متعارف)** قد ذكرنا فائدة التقييد به عند قوله في المتن فيما سبق ويبيع بنقد ونسيئة اهـ **قوله: (ولو بعد البيع)** قال في الهداية: ولو باع ثم أخر الثمن جاز بالإجماع. قال الإتقاني: يعني المضارب يملك تأجيل ثمن المبيع بالاتفاق وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد ظاهر لأن الوكيل بالبيع يملك ذلك فالمضارب أولى لأن ولاية المضارب أعم لأنه يصير شريكاً في الربح دون الوكيل. وأما أبو يوسف يجوز

اشترى شيئاً آخر بالدين يكون زائداً على رأس المال فلم تنعقد عليه المضاربة أو اشترى بأكثر من رأس المال ابتداء كان حصة دفع الزيادة شركة لأنه لو لم ينص عليه كان ينفذ على المضارب فإذا أذن له نفذ عليهما وأخذ السفاتج مثله لأنه استدانة وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعتق على مال وغير مال والكتابة والهبة والصدقة كل ذلك ليس من باب التجارة فلا يملكه إلا بالنص **ولو كان معه دراهم فاشترى بمكيل أو موزون** أو معدود نفذ على المضارب لأنه استدانة ولو اشترى بدنانير كان للمضاربة استحساناً لأنهما جنس واحد من وجه.

قال رحمه الله: (ولا تفسد المضاربة بدفع المال إلى المالك بضاعة) وقال زفر رحمه الله: تفسد ولا يستحق المضارب من ربحه شيئاً لأن رب المال يتصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهذا عامل لنفسه **فكيف يصلح وكيلاً** لغيره فيه بل يكون مسترداً لماله لأنه يملك عزله واسترداد ماله في أي وقت شاء إذا لم يتعلق به حقه فصار كما إذا لم يسلمه إليه من الابتداء **أو كما إذا أخذه بنفسه** من غير دفع المضارب إليه وهو قاض **وكما إذا دفعه** إليه مضاربة والجامع أن

عنده تأجيل المضارب دون الوكيل لأن المضارب يملك أن يشتري السلعة ثم يبيعها بنَسَاء فملك التأجير وهذا لأنه يملك الإقالة فإذا ملك الإقالة كان له أن يؤجل وكأنه باع بنسيئة ابتداء والوكيل لا يملك الإقالة فلا يملك التأجيل اهـ **قوله: (وليس بمضاربة)** أي لأنها لا تصح إلا في مال عين وإذا لم تكن مضاربة لم يبق إلا أن تكون بينهما شركة وجوه اهـ إتقاني. **قوله: (ولو كان معه دراهم فاشترى بمكيل أو موزون إلخ)** قال الإتقاني: ومن جملة الاستدانة ما إذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بما يكال أو يوزن أو يعدّ أو اشترى بثوب مغصوب إلى أجل لأن الشراء بغير الأثمان استدانة على المال ألا ترى أنه ليس في يده من مال المضاربة ما يؤدّيه فأما إذا كان في يده دراهم فاشترى بدنانير أو كان في يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لأنه اشترى بجنس ليس في يده كما لو اشترى بالعروض وإنما استحسنوا فقالوا: يجوز لأن الدراهم والدنانير قد أجريا عند التجار مُجرى الجنس الواحد، ألا ترى أنهما أثمان وبهما يقضى في النفقات والأروش وقيم المتلفات، ولا يتعذر نقل كل واحد منهما إلى الآخر فكأنه اشترى بجنس هو في يده وأما الفلوس فالقياس فيها ما ذكرنا والاستحسان أن تكون كالدراهم على قول من جوّز المضاربة بعينها لأنها ثمن كسائر الأثمان وعلى قول أبي يوسف لا تجوز المضاربة بها كالعروض فلا يجوز الشراء بها إذا لم تكن في يده كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي اهـ **قوله: (فكيف يصلح وكيلاً الخ)** فإن قلت كيف يصح إضافة الإبضاع إلى المضارب وإنما يصح ذلك إذا كانت البضاعة للمبضع ولا مال للمضارب قلت ليس بشرط أن تكون البضاعة ملكاً للمبضع لأن تفسير الإبضاع الاستعانة بالغير في التصرف ورب المال يصلح معيناً له

كل واحد منهما يمنع التخلية ومن شرطه أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولأن المضاربة إجارة والأجير إذا استعان بالمؤجر وفعله المؤجر لا يستحق الأجر كالخياط إذا استعان بصاحب الثوب فخاطه لا يستحق الأجر عليه فكذا هذا. ولنا أن التسليم قد وجد وصار التصرف بعد ذلك حقاً للمضارب فيصلح أن يكون رب المال وكيلاً فيه كالأجنبي ولأن المضاربة فيها معنى الشركة أرجح حتى جاز من غير توقيت وببعض ما يخرج من العمل ولو عمل ولم يربح شيئاً لم يستحق شيئاً ولو كان إجارة لاستحق الأجرة بالعمل وإنما يستحقه فرعاً على عمله كما يستحقه رب المال فرعاً على المال فإذا كان الاستحقاق بهذا الطريق صلح رب المال معيناً للمضارب لأنه عامل فكان عمله ثابتاً تقديراً. وكذا يده فلا يكون بأخذه لا على وجه الفسخ مبطلاً لها كالراهن إذا استعار الرهن لا يكون فسخاً للرهن بخلاف ما إذا أخذه بنفسه من غير أن يدفع إليه المضارب لأنه لا يمكن أن يجعل معيناً هنا لعدم الاستعانة به فيقع العمل لنفسه ضرورة أنه يملك ذلك والاسترداد إذا كان المال ناضاً حتى لو كان عروضاً وأخذه من غير دفع المضارب لا يكون استرداداً لأنه لا يملك / عزله في هذه [٧٢ أ/٣] الحالة وبخلاف ما إذا لم يسلمه إليه ابتداءاً أو أخذه بعد التسليم على وجه المضاربة أو شرط عليه العمل ابتداءاً **حيث تكون هذه الأشياء مبطلة** للمضاربة لأنها تمنع التخلية أو يكون المال والعمل مستحقاً من شخص واحد **فتخرج به من أن تكون مضاربة** وبخلاف مسألة الخياط لأنها إجارة محضة فلا يتصوّر أن يقع عمل صاحب الثوب عن الأجير إذ تسليم المنفعة أو العمل شرط في الإجارة ولا كذلك المضاربة لأن فيه معنى الشركة على ما بينا.

قال رحمه الله: (**فإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في مال المضاربة**

والاستعانة بالأجنبي جائزة فرب لمال أولى لأن شفقته في ماله أكثر اهـ إتقاني. **قوله**: (**أوكما إذا أخذه بنفسه**) قال الإتقاني: حتى لو أخذه رب المال بغير رضاه وعمل فيه انتقضت المضاربة. **قوله**: (**وكما إذا دفعه إلخ**) أي حيث لا يجوز أن يكون مضاربة لأن الأولى تفسد والمفهوم منه أنها تفسد وليس كذلك اهـ قارئ الهداية رحمه الله. قال في المجمع: أو دفع المال إليه مضاربة حكمنا ببقاء الأولى لا بانفساخها اهـ **قوله**: (**حيث تكون هذه الأشياء مبطلة إلخ**) قال الإتقاني: بخلاف ما إذا شرط العمل على رب المال ابتداء فإنه لا يصح لعدم شرط العقد وهو التخلية لأن شرط العمل على رب المال يمنع التخلية اهـ وعلى هذ فيجوز أن يكون . **قوله**: (**فتخرج بها من أن تكون مضاربة**) أما المضاربة الأولى فيما إذا دفع إليه فباقية على حالهافلا يصح الإلزام المتقدم اهـ قارئ الهداية. وكتب ما نصه قال الإتقاني: وبخلاف ما إذا دفع المضارب إلى رب المال مضاربة بالنصف حيث لا تصح المضاربة الثانية لأن المضاربة عقد شركة بأن يكون المال من الدافع والعمل من المضارب والربح على الشركة

وإن عمل في المصرّ فنفقته في ماله كالدواء) أي: إذا سافر المضارب للتجارة في مال المضاربة فمأكله ومشربه وملبسه **وركوبه** يكون في مال المضاربة وإن عمل في مصره ففي ماله كما يكون الدواء في ماله مطلقاً لأن النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة وهو إذا سافر صار محبوساً به **فتجب مؤنته الراتبة** فيه بخلاف الدواء لأنه من العوارض وبخلاف الأجير لأنه يستحق البدل بيقين فلا يتضرر بالاتفاق من ماله والمضارب لا يستحق إلا الربح فيمكن أن لا يحصل فيه ربح فلو لم ينفق منه لتضرر **بخلاف الوكيل والمستبضع** لأنهما متبرعان فيه وبخلاف ما إذا كان يعمل في مصره **لأنه لم يحتبس بمال المضاربة** فلا تجب له النفقة فيه وهذا **لأنه ساكن بالسكن** الأصلي ووجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس به فلم يوجد فتكون نفقته في ماله وهو القياس في المضارب المسافر لأنه بمنزلة الوكيل أو الأجير أو الشريك وكل واحد منهم لا يستحق النفقة فيما يعمل به فكذا هذا إلا أنا تركناه لما ذكرنا من المعنى ولأن العادة قد جرت أن المضارب يأكل من مال المضاربة إذا عمل في غير مصره وفي مصره يأكل من ماله والمكان القريب من مصره بمنزلة مصره والفاصل أنه إذا كان في مكان بحيث يمكنه أن يغدو ويروح إلى منزله فهو كمصره لأن أهل السوق يتجرون في السوق ثم يبيتون في منازلهم. وإن لم يمكنه أن يبيت في منزله فمؤنته في مال المضاربة لأنه صار محبوساً به. ومن مؤنته الواجبة فيه غسل ثيابه وأجرة من يخدمه وعلف دابة يركبها **والدهن في موضع يحتاج إليه** كالحجارة وأجرة الحمام والحلاق

ولا مال هنا للمضارب فلو جاز مع ذلك يلزم قلب الموضوع في التصرف فلم تبطل المضاربة الأولى اهـ **قوله في المتن:** (**وركوبه**) بفتح الراء ما يركب عليه في المال أي بالمعروف اهـ كاكي. قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: ولا ينبغي أن يسرف في النفقة وإنما ينفق على المعروف عند التجار وإذا جاوز ذلك ضمن الفضل اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: فإن قيل: رضي بنصيبه من الربح فلا يستحق الزيادة عليه من غير شرط؟ قيل له: النفقة ليست بمستحقة له لكنها من مؤن المال كأجر الأجير للعمل في المال وأجرة الحمال. وقال في شرح الطحاوي: ولو خرج إلى السفر بماله ومال المضاربة جميعاً كانت النفقة على قدر المالين بالحصص اهـ إتقاني. **قوله:** (**فتجب مؤنته الراتبة**) أي الثانية اهـ إتقاني. **قوله:** (**بخلاف الوكيل والمستبضع**) قال الإتقاني: لا تجب النفقة للمستبضع في مال البضاعة لأنه متطوّع فيها إلا أن يكون أذن له فيها اهـ **قوله:** (**لأنه لم يحتبس بمال المضاربة**) وبخلاف المضاربة الفاسدة إذا سافر لأنه أجير فلا يستحق النفقة اهـ كي. وقوله: فلا يستحق النفقة أي من مال المضاربة اهـ **قوله:** (**لأنه ساكن بالسكن**) أي لا لأجل المال اهـ **قوله:** (**والدهن في موضع يحتاج إليه**) قال الإتقاني: اعلم أن الدهن في مال المضارب في قول

وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة لأن العادة جرت بها ولأن نظافة البدن والثياب توجب كثرة من يعامله لأن صاحب الوسخ تعدّه الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته فيطلق له من ذلك كله بالمعروف حتى إذا زاد يضمن. **ولو رجع إلى بلده وفي يده شيء** من النفقة ردّه إلى مال المضاربة كالحاج عن الغير إذا بقي شيء في يده يردّه على المحجوج عنه أو الورثة وكالغازي إذا خرج من دار الحرب يردّ إلى الغنيمة ما معه من النفقة وكالأمة إذا بوأها المولى منزلاً مع الزوج ثم أخرجها للخدمة وقد بقي شيء من النفقة في يدها **استردّه الزوج** وعن الحسن عن أبي حنيفة رحمه اللّه أن الدواء أيضاً يكون في مال المضاربة لأنه لإصلاح بدنه وتمكنه من العمل **فصار كالنفقة**. وجه الظاهر أن النفقة معلوم وقوعها والحاجة إلى الدواء من العوارض فكان موهوماً فلا يجب كما في حق المرأة. وفي النهاية الشريك إذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال روي ذلك عن محمد رحمه اللّه. وذكر في الكافي بعد ما ذكر/ وجوب النفقة للمضارب في المال فقال: بخلاف الشريك لأنه لم يجر التعارف [٧٢ ب/٣] أن الشريك العامل ينفق على نفسه من مال الشريك الآخر.

قال رحمه اللّه: (فإن ربح أخذ المالك ما أنفق من رأس المال) أي إذا ربح المضارب أخذ رب المال قدر ما أنفق المضارب من رأس المال حتى يتم به رأس المال فإذا استوفى رأس ماله وفضل شيء اقتسماه لأن رأس المال أصل والربح مبني عليه فلا يسلم لهما الفرع حتى يسلم لرب المال الأصل وهذا لأن الذي ذهب بالنفقة هالك والهالك يصرف إلى الربح على ما بيناه.

قال رحمه اللّه: (فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع لا على

أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد: الدهن في مال المضاربة وجه قولهما أن الدهن ليس بمعتاد ولا تدعو إليه الضرورة فصار كأجرة الطبيب وجه قول محمد أن الدهن يستعمل لمنفعة في البدن وغيره غير نادر كالطعام والشراب كذا ذكر القدوري في شرحه. وقال أبو الحسن الكرخي: وليس في الخضاب رواية عن أبي يوسف ومحمد والظاهر أنه كالحجامة. وروي عن أبي يوسف أنه سئل عن اللحم فقال: كما كان يأكل اهـ **قوله: (ولو رجع إلى بلده وفي يده شيء)** أي: شيء من ثياب أو طعام أو غيره ردّه لأن جواز الانتفاع لدفع الحاجة في زمان تفريغ نفسه لعمل المضاربة ولم يبق على تلك الحال فيؤمر بالردّ إلى مال المضاربة اهـ إتقاني. **قوله: (استردّه الزوج)** هكذا هو في النهاية والدراية نقلاً عن المبسوط فاعلم اهـ **قوله: (فصار كالنفقة)** قال الإتقاني: وأما الدواء والحجامة ونحو ذلك فليس له ذلك لأن النفقة للطعام والكسوة ألا ترى أن القاضي يقضي بنفقة الزوجة بالطعام والكسوة ولا يقضي بالدواء والحجامة كذلك هاهنا إلا أن يكون في موضع جرت العادة فيه بذلك وذكر عن

نفسه) يعني إذا باع المضارب المتاع الذي أنفق عليه ضم جميع ما أنفق على المتاع من أجرة الحمل والطراز وأجرة السمسار والصباغ والقصار ونحو ذلك مما ذكرنا في باب المرابحة إلى رأس المال بأن يقول قام عليّ بكذا لأن هذه الأشياء تزيد في القيمة وتعارف التجار إلحاقها برأس المال في بيع المرابحة فجاز ذلك. ولا يضم ما أنفقه على نفسه في سفره وتقلباته في المال إلى رأس المال لأنهم لم يتعارفوا ضمه إلى رأس المال ولا يزيد هو أيضاً في قيمة المتاع بخلاف الإنفاق على المتاع لأنه بالزيادة على الثمن صارت في معنى الثمن.

قال رحمه اللّه: (ولو قصره أو حمله بماله وقيل له: **اعمل برأيك فهو متطوّع**) يعني إذا قال رب المال للمضارب: اعمل برأيك فاشترى بمال المضاربة كله متاعاً ثم

الحسن بن زياد أنه كان يقول: يجوز له أن ينفق في الحجامة وحلق الشعر ونحو ذلك قال الفقيه: ومعنى هذا إذا كان في موضع جرت العادة بذلك اهـ **قوله في المتن: (وقيل له: اعمل برأيك فهو متطوّع)** هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها متاعاً وقد كان صاحب المال قال له: اعمل برأيك فلما اشترى المتاع حمله بمائة من عنده أو قصره بمائة من عنده قال: فهو متطوّع فيما صنع وليس له من المائة شيء في رأس المال وإن كان صبغ الثياب حمراً كان شريكاً بما زاد الصبغ في الثياب ولا يضمن الثياب إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير والأصل هنا ما ذكرنا في أول كتاب المضاربة أن تصرفات المضارب ثلاثة أقسام قسم منها لا يملكه المضارب إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة فإذا عرفت ذلك قلنا إذا حملها بمائة من عنده فقد استدان على المضاربة بعد استغراق رأس المال فلا ينفذ على رب المال فيكون متبرعاً وكذا إذ قصرها بمائة من عنده ولا يصير شريكاً في المال لأن القصارة ليست بعين مال قائم في الثوب. وأما إذا صبغها لم يملك ذلك على المضاربة لما قلنا، لكن لايضيع ماله ألا ترى أن الغاصب لو قصر يضيع ماله ولو صبغ لا يضيع فهاهنا أولى ولهذا لو صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذه مجاناً بل يتخير رب الثوب إن شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وإن شاء ضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه فكذلك هنا يصير شريكاً بقدر ماله حتى لو صبغ الثوب يأخذ المضارب من الثمن ما زاد الصبغ فيه وما بقي يكون على المضاربة ولا يكون المضارب ضامناً للثياب لأن رب المال قال له: اعمل فيه برأيك فثبت له ولاية الخلطة والشركة ولولا ذلك كان لرب المال أن يضمنه. أما الاستدانة فلا تستفاد ولايتها إلا بالتصريح ولم يوجد كذا قال قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير. قال فخر الإسلام: وخص الحمرة لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة وأما سائر الألوان فمثل الحمرة يعني إذا صبغ الثياب سواداً كان كالقصارة سواء عند أبي حنيفة لأن السواد عنده

نقله أو قصر ثيابه بمال من عنده يكون متطوعاً لأن رأس المال لم يبق منه شيء فيكون تنفيذه على رب المال بعد ذلك استدانة من غير إذنه وهو لا يجوز على ما بينا وكذا لو زاد على الثمن بأن اشترى بأكثر من رأس المال يكون متطوّعاً في الزيادة. وفي الكافي: لو اشترى بكل رأس المال وهو ألف ثياباً واستقرض مائة للحمل رابح بألف ومائة عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأنها قامت عليه بذلك وإن باعها بألفين كانت عشرة من ذلك حصة المضاربة أي عشرة أسهم على شرطهما وسهم للمضارب خاصة لأنه استقرضه لنفسه والكراء في ماله خاصة وعندهما يبيع الثياب مرابحة على الألف لا غير والثمن كله على المضاربة وهو متطوّع في الكراء لأنه فعله بغير إذنه فصار كاستكراء الأجنبي وقال في المحيط في تعليل قول أبي حنيفة: إن للمضارب في الثياب حقاً يضاهي الملك. ألا ترى أنه لو نهاه رب المال عن بيع الثياب لم يصح نهيه فكان بمنزلة المالك فقام الثياب عليه بألف ومائة فيبيعها مرابحة على الكل فإذا باعها مرابحة يقسم ثمنها على مالهما فما أصاب مال المضاربة وهو عشرة أسهم بقيت المضاربة فيها على حالها وما أصاب المائة المستقرضة كان له خاصة.

نقصان وعندهما زيادة وهذا الاختلاف لاختلاف الزمان ولا يضمن النقصان الذي دخل في الثياب بفعله لأنه مأذون فيه بعقد المضاربة ألا ترى أنه لو كان في يده فصبغ الثياب سوداً فنقصها ذلك لم يضمن فكذا إذا صبغها بمال نفسه كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي وقال في تجريد المحيط: وإن صبغها المضارب بعصفر أو زعفران أو صبْغٍ آخر يزيد في الثوب فإن كان رب المال قال له في المضاربة: اعمل برأيك فالمضارب لا يضمن وإن لم يقل له في ذلك ضمن وإذا لم يقل له رب المال: اعمل فيه برأيك كان رب الثوب بالخيار فإن شاء ضمن المضارب قيمة ثوبه أبيض يوم صبغه وإن شاء أخذ الثياب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم اتصل بثوبه كما في الغاصب وهذا إذا لم يكن في مال المضاربة فضل فأما إذا كان في مال المضاربة فضل فبقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمنه فإن لم يفعل رب المال شيئاً من ذلك حتى باع المضارب الثياب جاز بيعه وبرئ من الضمان ولم يكن لرب المال أن يمنعه من البيع وإذا جاز بيعه ينظر بعد ذلك إن باعها مساومة يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة وعلى قيمتها مصبوغة فتفاوت ما بينهما يكون قيمة الصبغ حتى إذا كان قيمة الثياب غير مصبوغة ألفاً وقيمتها مصبوغة ألف ومائتان وبيعت بألف ومائتين فالألف للمضاربة والمائتان للمضارب بدل صبغه وإن باعها مرابحة فإن هذا الثمن ينقسم على الثمن الذي اشترى المضارب به الثياب وعلى قيمة الصبغ الذي صبغ المضارب الثياب به وفي المنتقى: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاكترى سفينة بمائة درهم والمال عنده على حاله

قال رحمه اللّه : (وإن صبغه أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لأن الصبغ عين مال قائم وقد اختلط بمال المضاربة وهو متقوّم فيكون شريكاً ضرورة بخلاف القصارة **والحملان** لأنه ليس بعين مال قائم فلا يكون خلطاً بمال المضاربة ألا ترى أنه يضيع على الغاصب دون الصبغ ثم إذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض وعلى ما زاد من الصبغ فما أصاب قيمة الثوب كان على المضاربة وما أصاب الزيادة كان له لأن الثمن/ مال مشترك فيقسم على قدر الأنصباء وإنما لا [٧٣/أ ٣/٢] يضمن المضارب بهذا الخلط لأنه مأذون فيه لأن قوله: اعمل برأيك ينتظمه فلا يكون به متعدّياً بل يكون شريكاً كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان فألقته في صبغ غيره أو اختلط المال المودع بمال المودع بغير صنعه بخلاف ما إذا لم يقل له: اعمل برأيك فإنه لا يكون شريكاً بل يضمن كالغاصب.

قال رحمه اللّه: (معه ألف بالنصف فاشترى به بزاً وباعه بألفين واشترى بهما عبداً **فضاعا غرم ألفاً والمالك ألفاً**) أي غرم المضارب ورب المال ألفاً ثم غرم رب المال وحده ألفاً آخر فيغرم المضارب خمسمائة والمالك ألفاً وخمسمائة (**وربع العبد** للمضارب وباقية على المضاربة ورأس المال ألفان وخمسائة ويرابح على ألفين) لأن المال لما صار ألفين ظهر الربح في المال وهو ألف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فإذا اشترى بالألفين عبداً صار العبد مشتركاً بينهما **فربعه للمضارب** وثلاثة أرباعه لرب المال. ثم إذا ضاع الألفان قبل النقد كان عليهما ضمان

ثم اشترى بالألف كله طعاماً وحمله في السفينة فهو متطوّع في الكراء ولو كان اشترى بتسعمائة منها طعاماً وبقيت في يده مائة فأدّاها في الكراء لم يكن متطوّعاً وباعه مرابحة على الكراء اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال في البدائع: ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على إصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثياباً ثم استأجر على حملها أو قصارتها أو فتلها كان متطوّعاً في ذلك كله لأنه إذا لم يبق في يده شيء من رأس المال صار بالاستئجار مستديناً على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقداً لنفسه متطوّعاً. **قوله:** (**والحملان**) الحملان أجرُ ما يحمل عليه من الدواب كذا في الديوان اهـ إتقاني. قال في مجمع البحرين: والحملان بالضم والحمل مصدر حمل والحملان أيضاً أجر ما يحمل اهـ **قوله في المتن:** (**فضاعا**) أي الألفان قبل النقد اهـ **قوله في المتن:** (**غرما ألفاً والمالك ألفاً**) قال الإتقاني رحمه اللّه: قالوا هذا جواب الحاصل يعني أن حاصل الضمان يجب هكذا ولكنّ الألفين في الابتداء يجبان جميعاً على المضارب ثم يرجع المضارب على رب المال بألف وخمسمائة لأن المضارب هو المباشر للعقد وأحكام العقد ترجع إليه اهـ **قوله:** (**وربع العبد الخ**) من قوله وربع العبد

ثمن العبد على قدر ملكهما في العبد فربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلاثة أرباعه على رب المال **وهو ألف وخمسمائة** فنصيب المضارب خرج عن المضاربة لأنه صار مضموناً عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف ونصيب رب المال على المضاربة **لعدم ما ينافيها** وهو معنى قوله وباقيه على المضاربة يعني ثلاثة أرباع العبد. ورأس المال هو جميع ما دفع رب المال إلى المضارب وهو ألفان وخمسمائة لأنه دفع إليه ألفاً ثم ألفاً وخمسمائة. ولا يبيع العبد مرابحة إلا على ألفين **لأنه اشتراه بألفين** وهو معنى قوله ويرابح على ألفين ولو باع العبد بعد ذلك بأربعة آلاف كان للمضارب ربعه وهو ألف والباقي للمضاربة وهو ثلاثة آلاف فألفان وخمسمائة منها رأس المال وخمسمائة **ربح بينهما نصفان**.

قال رحمه الله: (**وإن اشترى من المالك بألف عبداً** اشتراه بنصفه رابح بنصفه)

إلى قوله على ألفين من المتن اهـ **قوله**: (**فربعه للمضارب**) أي لأن ربع الثمن له اهـ **قوله**: (**وهو ألف وخمسمائة**) فلما ملك المضارب ربعها بسبب ضمان ربع الثمن خرج ربعها عن المضاربة اهـ إتقاني. **قوله**: (**لعدم ما ينافيها**) أي إذ ضمان رب المال الثمن لا ينافي المضاربة اهـ **قوله**: (**لأنه اشتراه بألفين**) أي وبيع المرابحة بالثمن الأوّل اهـ **قوله**: (**ربح بينهما نصفان**) أي لأن ذلك القدر هو الربح اهـ **قوله في المتن**: (**وإن اشترى من المالك بألف عبداً إلخ**) وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ثم اشترى رب المال عبداً بخمسمائة فباعه إياه بألف على كم يبيعه مرابحة قال: على خمسمائة قال: فإن اشترى الذي أخذ المال مضاربة عبداً بألف فباعه من رب المال بألف ومائتين قال يبيعه رب المال بألف ومائة إذا كانت المضاربة بالنصف قال الإتقاني: إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وأصل هذا ما قالوا في شروح الجامع الصغير: أن بيع المرابحة ينبني على الأمانة ويمتنع بشبهة الخيانة كما يمتنع بحقيقتها ألا ترى أن بدل الصلح لا يباع مرابحة إلا ببيان لشبهة الحط وكذا المشتري نسيئة لا يباع مرابحة بدون البيان لشبهة الزيادة بمقابلة الأجل فإذا اشترى رب المال بخمسمائة وباعه من المضارب بألف فالمضارب اشترى لرب المال لأنه وكيله وبيع الإنسان من نفسه باطل لكن لما كان حق المضاربة بمنزلة حق ثالث صح البيع وبقيت شبهة بطلان البيع فيبيعه مرابحة على الثمن المتيقن وهو خمسمائة فأما إذا اشترى المضارب بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مرابحة بألف ومائة لأن العقدين وقعا لرب المال ولم يقع لرب المال منه إلا قدر مائة فيجب اعتبار المائة وفيما وقع لرب المال لا يعتبر الربح لشبهة بطلان العقد الثاني وهذ إذا كان الشرط على النصف قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب المرابحة بين المضارب وبين رب المال: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم مضاربة على أن ما كان من ربح فهو بينهما نصفين فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة درهم فباعه

أي: لو اشترى المضارب من رب المال بألف درهم عبداً كان اشتراه رب المال بنصف الألف يبيعه المضارب مرابحة على نصف الألف وهو خمسمائة ولا يجوز أن يبيعه مرابحة على الألف لأن بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لأنه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم وإن حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به فلا يجوز بناء المرابحة عليه لأنها مبنية على الأمانة وعلى الاحتراز عن شبهة الخيانة فتبنى على ما اشتراه به رب المال فيكون المضارب كالوكيل له في بيعه ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبداً بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة بخمسمائة لأن البيع الجاري بينهما كالمعدوم لما ذكرنا فتبنى المرابحة على ما اشتراه به المضارب كأنه اشتراه له وناوله إياه من غير بيع.

قال رحمه الله: (معه ألف بالنصف فاشترى به عبداً قيمته ألفان فقتل رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوماً) لأن مال المضاربة إذا كان عيناً واحدة قيمتهما أكثر من رأس/ [٧٣ ب/٣] المال يظهر فيه الربح وهو ألف هنا بينهما نصفان وألف لرب المال برأس ماله لأن

من المضارب بألف المضاربة فإن باعه المضارب مساومة باعه كيف شاء لأن بيع المساومة لا يتقيد بثمن بل الثمن ما اتفقا عليه وقد اتفقا على القدر الذي ذكراه في العقد وإن باعه مرابحة باعه على خمسمائة درهم لأن عقد المضاربة عقد أمانة فيجب تنزيهه عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والعقد الأول وقع لرب المال والثاني كذلك لأنه بشراء المضارب لا يخرج عن ملك رب المال إلا أنه صح العقد لزيادة فائدة وهي ثبوت اليد والتصرف للمضارب فبقي شبهة عدم وقوع العقد الثاني فيبيعه مرابحة على الثمن الأول وذلك خمسمائة درهم ولو كان رب المال اشتراه بألف فباعه من المضارب بخمسمائة باعه المضارب مرابحة على خمسمائة لأن العقدين وقعا لرب المال فيبعه: على أقل الثمنين احترازاً عن شبهة الخيانة لما بينا ثم قال في شرح الكافي: وإذا دفع الرجل إلى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب بها عبداً فباعه من رب المال بألفي درهم باعه رب المال مرابحة على ألف وخمسمائة لأنا نعتبر الثمن الأول وذلك ألف في حق رب المال وحصة المضارب من الربح وذلك خمسمائة درهم فيبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة درهم بيانه أن الألف خرج عن ملك رب المال في ثمن العبد فيعتبر في بيع المرابحة ونصف الألف التي هي الربح ملك رب المال قبل البيع وبعده فلا يعتبر أما النصف الذي هو حصة المضارب من الربح وهو خمسمائة خرج عن ملك رب المال إلى ملك المضارب حقيقة بإزاء هذا العبد فيعتبر كذا قال الإتقاني: ولا يخفى عليك المخالفة بين قول الشارح ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبداً بخمسمائة إلخ وبين ما نقله الإتقاني عن

قيمته ألفان فصار الفداء بينهما على هذا الوجه أرباعاً فثلاثة أرباعه على رب المال والربع على المضارب لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره فإذا فدياه خرج العبد كله عن المضاربة أما نصيب المضارب فلأنه صار مضموناً عليه على ما بينا وأما نصيب رب المال فبقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لأن قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد بينهما لأن الخطاب بالفداء يوجب سلامة المفدى ولا سلامة إلا بالقسمة **بخلاف ما مضى،** لأن كل الثمن ثم على المضارب لأنه العاقد وإن كان له الرجوع على رب المال بما ضمن فلا حاجة إلى القسمة، ولأن العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما إذْ الموجب الأصلي هو الدفع وبالفداء صار كأنهما اشترياه فإذا خرج عن المضاربة يخدمهما على قدر ملكهما بحكم الاشتراك بينهما. وهذا معنى قوله يخدم المالك ثلاثة أيام أي رب المال والمضارب يوماً.

قال رحمه اللّه: (**معه ألف فاشترى به عبداً** وهلك الثمن قبل النقد دفع المالك

الجامع الصغير وعن شرح الكافي اذ مقتضاهما أن يبيع العبد في مسألة الشارح هذه بسبعمائة وخمسين لا بخمسمائة كما قال الشارح فتنبه اهـ وفي الهداية: ولو اشترى المضارب بألف عبداً وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لأنه اعتبر عدماً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع اهـ وهو موافق لما مر في الجامع الصغير وشرح الكافي: وقال في الكنز في باب المرابحة: ولو اشترى مأذون مديون ثوباً بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس ولو كان مضارباً يبيع مرابحة لرب المال باثني عشر ونصف اهـ وهو كما ترى موافق لما في الجامع الصغير وشرح الكافي والهداية مخالفاً لما ذكره الشارح رحمه اللّه اهـ **قوله: (بخلاف ما مضى إلخ)** يعني إن دفع الفداء هنا كابتداء الشراء فيخرج العبد عن المضاربة لأن الواجب ثمة دفع الثمن فلا يكون كابتداء الشراء وتبقى المضاربة فيها لعدم المنافاة بخلاف الربع فإنه للمضارب خاصة وتبطل المضاربة فيه للمنافاة وقد مر البيان ثمة اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (معه ألف فاشترى به عبداً إلخ)** صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة فاشترى بها عبداً فهلك بعد الشراء قال: على رب المال أن يدفع إليه ألفاً أخرى أبداً فإذا دفعها المضارب إلى البائع ثم باع العبد بربح كثير فرأس المال جميع ما دفع إليه رب المال ثم يقتسمان الربح من بعد قال فخر الإسلام: وقوله أبداً من الخواص وحاصل المسألة ما قالوا في شروح الجامع الصغير: أن المضارب إذا هلك المال رجع مرة فإن هلك رجع أخرى فإن هلك فكذلك ثم هلك كذلك أيضاً حتى يسلم إلى البائع والوكيل بالشراء إذا هلك الثمن قبل التسليم إلى البائع فإن كان الثمن منقوداً إليه ثم اشترى فهلك الثمن المنقود رجع به على الموكل فإن هلك بعد ذلك

ألفاً آخر ثَمَّ وثَمَّ ورأس المال جميع ما دفع) يعني إذا كان مع المضارب ألف درهم فاشترى به عبداً وضاع الثمن قبل النقد رجع على رب المال فإذا دفع إليه ثانياً ثم هلك قبل النقد أيضاً رجع عليه أيضاً فهكذا يرجع عليه كلما هلك إلى ما لا يتناهى ويكون رأس المال جميع ما دفع إليه رب المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء إلا مرة واحدة والفرق أن المال في يد المضارب أمانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لأن الاستيفاء لا يكون إلا بقبض مضمون والمضاربة تنافيه على ما بينا فكل ما قبض يكون أمانة وإذا هلك كان الهالك على رب المال وقبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فإذا قبضه صار مستوفياً لذلك فصار مضموناً عليه فإذا هلك ليس له أن يرجع به على الموكل لأن المستوفي لم يبق له حق بعد الاستيفاء ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفياً لحقه فيكون مضموناً عليه لأن الوكالة لا تنافي الضمان ألا ترى أن الغاصب إذا توكل ببيع المغصوب جاز وهو مضمون عليه فلا حاجة إلى جعل ما قبضه بعد الشراء أمانة حتى لو لم يقع استيفاء بأن دفع إليه الثمن قبل الشراء ثم اشترى به ثم هلك قبل النقد رجع به على الموكل لوقوع الأول أمانة لأنه لا يمكن جعله مستوفياً بقبضه قبل الشراء لأنه لم يجب له عليه شيء حتى يصير مستوفياً بالقبض فيكون أمانة فإذا هلك رجع عليه فيكون مضموناً عليه ثم إذا هلك لا يرجع لما ذكرنا بخلاف ما إذا لم يدفع إليه الثمن إلا بعد الشراء حيث لا يرجع أصلاً والمعنى ما بيناه، ولأن ما قبضه الوكيل لو لم يحمل على الاستيفاء لزم منه تضييع المال على الموكل

لا يرجع بذلك أبداً وإن كان الثمن غير منقود إليه فاشترى ثم قبض الثمن من الموكل فهلك الثمن قبل التسليم إلى البائع يغرم من ماله ولم يرجع أصلاً على الموكل والفرق بين فصلي الوكالة أن قبض الوكيل قبل الشراء بحق الأمانة دون الاستيفاء فإذا هلك بعد الشراء وهو دائم على الأمانة فرجع به على الموكل صار مستوفياً فلا يرجع بعد ذلك أصلاً والفرق بين الوكالة والمضاربة أن الضمان لا ينافي الوكالة ولهذا لو وكل المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب يصير وكيلاً ولا يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب يجب الضمان عليه ولا يعتبر أميناً وعقد الوكيل يوجب ديناً للبائع على الوكيل والوكيل على الموكل فإذا قبض من الموكل بعد الشراء حمل قبضه على جهة الاستيفاء لا على جهة الأمانة فإذا استوفى حقه مرة لم يبق الحق أصلاً بخلاف المضارب فإن الضمان ينافي المضاربة فلا يكون ضامناً بحال فيحمل قبضه على جهة الأمانة لا على جهة الاستيفاء فلو حمل على الاستيفاء كان المضارب ضامناً وهو باطل ولهذا رجع المضارب مرة بعد أخرى ما لم يسلم إلى البائع اهـ إتقاني. **قوله في المتن:** (**ورأس جميع ما دفع**) يعني لا يكون

لأن المأخوذ منه ثانياً يضيع وفي المضاربة لا يضيع لأنه ملحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو لم يرجع عليه لتضرر المضارب فيرجع عليه دفعاً للضرر عنه ولأن الوكيل انتهت وكالته بالشراء مرة وانعزل فلا يرجع بعد الانعزال بخلاف المضارب فإنه لم ينعزل بالتصرف بل لا ينعزل بالعزل في بعض الصور فيرجع عليه ما دام متصرفاً له.

قال رحمه اللّه: (معه ألفان فقال دفعتَ إليّ ألفاً وربحت ألفاً وقال المالك دفعت ألفين/ **فالقول للمضارب**) ومعنى المسألة أن يكون مع المضارب ألفان فقال لرب المال دفعت إليّ ألفاً وربحت ألفاً وقال رب المال بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب. وكان أبو حنيفة رحمه اللّه تعالى يقول أوّلاً القول لرب المال وهو قول زفر رحمه اللّه لأن المضارب يدعي الربح والشركة فيه ورب المال ينكر فالقول قول المنكر. **ثم رجع فقال القول للمضارب** وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه لأن حاصل اختلافهما في المقبوض **فالقول قول القابض في مقدار المقبوض أميناً كان أو ضميناً**، ألا ترى أنه لو أنكر القبض بالكلية كان القول له. وإذا اختلفا في رأس المال والربح بأن قال رب المال رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح كان القول للمضارب في قدر رأس المال **لأنه القابض والقول لرب المال في مقدرا الربح** لأنه المنكر للزيادة وهو لو أنكر استحقاق الربح عليه بالكلية بأن قال كان المال في يده بضاعة كان القول له فكذا في إنكاره الزيادة وأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنها مبينة كاسمها وإن أقاما البينة في هذه الصورة كانت بينة رب المال أولى في مقدار رأس المال وبينة المضارب أولى في مقدار الربح لأنها أكثر إثباتاً.

[٧٤ أ/٣]

للمضارب شيء من الربح حتى يصل رب المال إلى جميع ما أوصله للمضارب على أنه ثمن أما إذا أراد المضارب أن يبيعه مرابحة لا يرابح إلا على ألف كما تقدّم اهـ **قوله**: (**ثم رجع فقال القول للمضارب**) قال الإتقاني وجه قوله الآخر وهو قولهما أن الاختلاف وقع في مقدار ما قبض المضارب والمضارب أنكر زيادة القبض لأنه يقول ما قبضت منك إلا ألف درهم ورب المال يقول قبضت مني ألفي درهم فالقول قول المضارب لأنه أنكر زيادة القبض فإذا لم يظهر إلا قبض الألف فالألف الزائدة تكون ربحاً، ألا ترى أنّ المضارب لو جاء بألفي درهم وقال: ألف درهم مضاربة وألف درهم وديعة لفلان عندي أو قال: ألف درهم مضاربة وألف درهم من خالص مالي ورب المال يقول لا ولكن ألف درهم رأس مال وألف درهم ربح فالقول قول المضارب بالإتفاق فكذلك هاهنا كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اهـ **قوله**: (**فالقول قول القابض**) أي لأنه أعرف بمقدار المقبوض اهـ إتقاني. **قوله**: (**في مقدار المقبوض**) قيد به إذ لو كان الاختلاف في الصفة كان القول لرب المال على ما يجيء اهـ أي كالمودع اهـ **قوله**: (**أو ضمنياً**) أي كالغاصب اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأنه القابض**)

قال رحمه اللّه: (معه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفاً وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك) لأن المضارب يدعي عليه تقوّم عمله أو الشركة في ماله أو شرطاً من جهته ورب المال منكر فكان القول قوله. **ولو قال المضارب: أقرضتني** وقال رب المال: هو وديعة أو بضاعة أو مضاربة فالقول لرب المال **والبينة بينة المضارب** لأن المضارب يدعي عليه التمليك وهو ينكر. ولو كان بالعكس بأن ادّعى رب المال القرض والمضارب المضاربة كان القول للمضارب لأنهما اتفقا على الأخذ كان بإذن رب المال ثم رب المال يدعي عليه ضماناً وهو ينكر فكان القول قوله وأيهما أقام البينة قبلت بينته ولو أقاما البينة **كانت بينة رب المال** أولى لأنها أكثر إثباتاً. ولو ادّعى المضارب العموم في كل تجارة وادّعى رب المال الخصوص أو ادّعى رب المال المضاربة في نوع وقال المضارب: ما سميت لي تجارة بعينها كان القول للمضارب **لأن الأصل فيها العموم** فكان القول لمن يتمسك بالأصل وقال زفر رحمه اللّه: القول لرب المال لأن الإذن يستفاد من جهته فكان أعرف به كالوكالة **وكما إذا اختلفا قبل: العمل** قلنا: الأصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة العموم وقبل العمل يكون

أي: وهو ينكر زيادة القبض اهـ **قوله: (والقول لرب المال في مقدار الربح)** أي لأنه يستفاد من جهته اهـ إتقاني. **قوله: (ولو قال المضارب: أقرضتني)** أي المال والربح لي اهـ إتقاني. **قوله: (والبينة بينة المضارب)** أي لأنها تثبت التمليك اهـ إتقاني. وأنها لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه مضاربة أو بضاعة أو وديعة ثم أقرضه اهـ إتقاني. **قوله: (كانت بينة رب المال أولى)** وذلك لأنه يثبت الضمان اهـ إتقاني. **قوله: (لأن الأصل فيها العموم)** أي لهذا لو قال: خذ هذا الألف مضاربة بالنصف له أن يعمل في أنواع التجارات ولو لم يكن مقتضى العقد العموم لما صح إلا بالتخصيص اهـ إتقاني. **قوله: (وكما إذا اختلفا قبل العمل)** كان القول قول رب المال مع يمينه اهـ إتقاني. (فروع) ونفقة عبد المضاربة وجعله إذا أبق على رب المال ظهر ربح أولاً بلا خلاف لأن ملك العامل في الربح قبل القسمة متردّد وملك رب الملل متقرر ويضم رأس المال عند القسمة، ولو دفع إليه ألفين وقال: أضف من عندك ألفاً أخرى يكون ألفان منها شركة والألف مضاربة بالنصف جاز وقال بعض أصحاب مالك: لا يجوز أن يضم إلى مال القراض شركة ويجوز أن يكون الرجل عاملاً في المضاربة لرجل ثم يضاربه آخر وقال أحمد: لا يجوز إذا كان فيه ضرر على الأوّل ولو دفع ألفاً على أن له نصف ربحها يجوز بلا خلاف ولو قال: على أن لي ربح نصفها يجوز عندنا وأبي ثور خلافاً للأئمة **الثلاثة** ولو اشترى العامل بالألف أمة أو غنماً أو بقراً أو موزوناً يساوي ألفين زكي حظه **لظهور الربح** وبه قال الشافعي: في قول وأحمد وقال مالك والشافعي في قول وأحمد في **رواية** لا يزكي لعدم ملكه الربح قبل القسمة ولو اشترى أمتين أو غنماً وبقراً أو شعيراً لا

إنكار رب المال نهياً له عن العموم وهو يملك ذلك فصح نهيه. ولو ادّعى كل واحد منهما نوعاً كان القول لرب المال لأنهما اتفقا على الخصوص فكان قول من يستفاد من جهته الإذن أولى والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة. ولو وقتت البينتان بأن قال رب المال: دفعت إليك مضاربة أن تعمل في بزٍّ في رمضان، وقال المضارب: دفعتَ إليّ لأعمل في طعام في شوّال أو بالعكس وأقام البينة كانت بينة من يقول في شوّال أولى لأن آخر الشرطين ينسخ أولهما وإن لم يوقتا وقتاً أو وقت وقتاً واحداً أو وقتت إحداهما دون الأخرى **يقضي بما قال رب المال** كأنهما لم يوقتا وقد بينا المعنى والله تعالى أعلم.

يزكي لاختلاف الجنس فلا يظهر الربح ولا يكاتب المضارب قبل ظهور الربح لأنها ليست بتجارة ولا خلاف فيه وبعده ينفذ في حصته عندنا ولرب المال فسخها دفعاً للضرر عن نفسه وعند الائمة الثلاثة لا يجوز كما قبل ظهور الربح اهـ كاكي. **قوله: (يقضي بما قال رب المال)** أي لأنه تعذر العمل بهما لأنهما لا يقعان معاً ولا على الترتيب لأن الشهود لم يشهدوا به وإذا تعذر العمل بهما يعمل ببينة رب المال لأنه يثبت ما ليس بثابت كذا في



فهرس الجزء الخامس

من كتاب

تبيين الحقائق

شرح كنز الدقائق



فهرس الجزء الخامس